

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

A QUELS SIGNES RECONNAITRE
LES
CONTRATS ADMINISTRATIFS

THÈSE POUR LE DOCTORAT
PRÉSENTÉE ET SOUTENUE
LE 1^{er} MARS 1930, A 2 HEURES
PAR M. JEAN ROUVIÈRE

Président : M. R. JACQUELIN
Suffragants : M. A. MESTRE
M. J. BARTHÉLEMY



ALENÇON
IMPRIMERIE ALENÇONNAISE
11-13, Rue des Marcheries
1930

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

A QUELS SIGNES RECONNAITRE
LES
CONTRATS ADMINISTRATIFS

THÈSE POUR LE DOCTORAT
PRÉSENTÉE ET SOUTENUE
LE 1^{er} MARS 1930, A 2 HEURES
PAR M. JEAN ROUVIÈRE

Président : M. R. JACQUELIN
Suffragants : M. A. MESTRE
M. J. BARTHÉLEMY



ALENÇON
IMPRIMERIE ALENÇONNAISE
11-13, Rue des Marcheries
1930

*La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres à
leurs auteurs.*



TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION

§ 1. Les règles de compétence	1
§ 2. Intérêt à les bien connaître	5
§ 3. Nécessité de règles claires et fixes	7
§ 4. Difficultés relatives aux règles de compétence en matière contractuelle	7

CHAPITRE PREMIER

Y a-t-il des contrats administratifs ?

§ 1. La notion de contrat en droit civil	11
§ 2. Les auteurs de droit public et leurs opinions sur les formes contractuelles	12
a) Théorie de M. Renard	12
b) — — M. Jèze	14
c) — — M. Hauriou	14
d) Critique de ces points de vue	15
§ 3. L'adhésion : points de vue respectifs du droit civil et du droit administratif. — Critique de la notion d'adhésion.....	17
§ 4. Tendances à l'unité entre le droit public et le droit civil par l'impersonnalité des rapports de droit	19
§ 5. De l'existence des contrats administratifs.....	23

CHAPITRE II

Le domaine des contrats administratifs

§ 1. Les divers critères proposés par les auteurs. Leurs inexactitudes, leurs insuffisances	25
a) Théorie de M. Duguit	26
b) — — M. Hauriou	31

c) Théorie de M. Marc Réglade.....	33
d) — — M. Labbé.....	37
e) — — M. Jèze.....	40
§ 2. Impossibilité de dégager un critérium exact des contrats administratifs. — Méthode à employer à leur égard	44

CHAPITRE III

Les contrats administratifs bien définis

§ 1. Classification de M. Laferrière	47
§ 2. Gestion publique et gestion privée	48
§ 3. Contrats relatifs au domaine privé.....	50
a) Généralités	50
b) Baux des sources minérales	51
c) Baux d'octroi et de taxes communales	52
§ 4. Textes imposant la compétence judiciaire	53
a) Service des ordinaires dans les corps de troupe	53
b) Assistance médicale gratuite	53
§ 5. Actes administratifs annexés aux contrats. Questions préjudicielles.....	54
§ 6. Contrats mixtes.....	58
Rapprochement avec la théorie de la responsabilité.	60
§ 7. Textes imposant la compétence administrative	60
§ 8. Les travaux publics	62
a) Définition des travaux publics, leur domaine extensif	62
b) Caractère attractif de la théorie des travaux publics.....	65
c) Offres de concours	68
d) Concessions de travaux publics.....	69
e) Bacs et passages d'eau	71
f) Conclusions	72
§ 9. Les contrats de services personnels	73
a) Contrat de fonctions publiques	73
b) Engagements militaires.	78
c) Contrat de louage de services	80
d) Situations particulières	81
§ 10. Marchés de fournitures	84
§ 11. Contrats relatifs aux finances publiques	86
§ 12. Les quasi-contrats	87
§ 13. Contrats donnant lieu à application de la théorie des actes de Gouvernement.....	88
§ 14. Contrats conclus à l'occasion de réquisitions.....	89
§ 15. Conclusions.....	90

CHAPITRE IV

Les contrats administratifs « stricto sensu »

<i>Section I</i> — Les principes et la solution qu'ils imposent	93
§ 1. Situation des juridictions administratives et judiciaires dans l'ancien droit	93
§ 2. Le principe de la séparation des pouvoirs	94
a) Les textes	95
b) Evolution du principe de la séparation des pouvoirs	97
§ 3. Principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires	102
§ 4. Conclusion	104
 <i>Section II</i> — La jurisprudence Son évolution jusqu'en 1914.	106
§ 1. Les tribunaux administratifs juges d'attribution	106
§ 2. Le contentieux administratif par nature	107
§ 3. Les actes d'autorité et de gestion.	108
§ 4. La théorie du service public	111
Les principaux arrêts : a) Blanco	112
b) Terrier	113
c) Feutry	117
d) Thérond	118
e) Compagnie d'assurances « le Soleil »	120
f) Société des granits porphyroïdes des Vosges et le dernier état de la jurisprudence administrative à la veille de la guerre	121
 <i>Section III.</i> — La jurisprudence. Les contrats administratifs et les critères successifs depuis 1914	126
§ 1. La notion de service public	126
§ 2. La notion de contrat administratif et ses rapports avec celle de service public. Les tentatives de la jurisprudence pour dégager le signe distinctif des contrats administratifs	131
a) Participation à la gestion du service public	132
b) Volonté d'adoption du régime de droit public	134
c) Les différentes natures de services publics et leur hiérarchie	136

d) Distinction entre l'organisation du service et son exécution.....	138
 <i>Section IV. — La jurisprudence. Son état actuel...</i>	
§ 1. Les clauses exorbitantes du droit commun.....	141
§ 2. Décisions d'incompétence faute de clauses exorbitantes du droit commun.....	142
a) Transports.....	142
b) Louage.....	144
c) Affrètements.....	145
d) Ventes.....	146
e) Autres contrats du droit civil.....	148
f) Indications qui se dégagent des décisions d'incompétence.....	149
§ 3. Contrats jugés administratifs.....	150
a) Contrats contenant une référence à un cahier des clauses et conditions générales.....	150
b) Arrêts rendus en matière de ravitaillement.....	152
c) Arrêts rendus en matière d'assurances maritimes de guerre.....	157
d) Caractères généraux des clauses exorbitantes du droit commun.....	161
§ 4 Les marchés de fournitures et leurs rapports avec la théorie générale des contrats administratifs.....	165
a) Marchés de fournitures de l'Etat.....	166
b) Marchés des autres personnes morales administratives.....	172
 <i>Section V — Conclusions.....</i>	
	174

« Car il me semblait que je pourrais rencontrer beaucoup plus de vérité dans les raisonnements que chacun fait touchant les affaires qui lui importent et dont l'événement le doit punir bientôt après s'il a mal jugé, que dans ceux que fait un homme de lettres dans son cabinet touchant des spéculations qui ne lui sont d'autre conséquence sinon que peut-être il en tirera d'autant plus de vanité qu'elles seront plus éloignées du sens commun, à cause qu'il aura dû employer d'autant plus d'esprit et d'artifice à tâcher de les rendre vraisemblables. »

DESCARTES : *Discours de la méthode* (1^{re} part., VI, 9-10).

INTRODUCTION

SOMMAIRE. — § I. Les règles de compétence. — § II. Intérêt à les bien connaître. — § III. Nécessité de règles claires et fixes. — § IV. Difficultés relatives aux limites de compétence en matière contractuelle.

§ I. Les règles de compétence

Le droit a pour objet la justice. Pour que la justice règne toute règle de droit doit être sanctionnée, tout individu qui se prétend lésé par la violation d'une règle de droit doit trouver un juge. Les principes du droit français satisfont à cette nécessité. On en trouve l'expression notamment dans l'institution du conflit négatif et dans les dispositions de l'article 4 du Code civil. La procédure du conflit garantit les individus contre les défaillances des juridictions et leur assure, en toute hypothèse, un tribunal pour juger leurs litiges. L'article 4 du Code civil les garantit contre les défaillances des juges : « Le juge, en effet, qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité, de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. »

Une seule exception est apportée à ce principe général par l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 d'après lequel : « les ministres ont le droit de revendiquer devant le tribunal des conflits les affaires portées à la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif ». Ce texte consacre la théorie des actes de gouvernement dont la connaissance échappe aux tribunaux de tous ordres. La portée de cette exception tend d'ailleurs à se

restreindre ; elle a perdu, depuis un demi-siècle, une grande partie de sa portée pratique (1).

Ainsi garantis de trouver toujours une juridiction apte à dire le droit dans tous leurs litiges, les individus ne sont pas assurés pour autant d'une bonne justice. Il n'existe point, en effet, un juge unique susceptible de résoudre toutes les questions litigieuses mais des juges et des juridictions de différentes espèces. Ne trouve-t-on pas, par exemple, à côté des juges civils proprement dits, des juges de paix, des juges consulaires, des prud'hommes, des juges criminels, des jurys d'expropriation, des conseillers de préfecture, les membres du Conseil d'Etat et de la Cour des Comptes... Placés en face de juridictions si nombreuses et si diverses, les plaideurs doivent être mis à même de saisir immédiatement celle qui sera apte à les juger. Les règles de compétence répondent à cette nécessité.

On définit généralement la compétence : « l'aptitude du juge à connaître d'une action ou d'une défense (2) ». Par opposition « l'incompétence est l'état du juge qui ne peut connaître d'une action ou d'une défense, qui commettrait en y statuant une violation de la loi et même un excès de pouvoir, et qui doit, par conséquent, s'il en est requis, ou même d'office, renvoyer devant qui de droit les parties qui n'auraient pas dû se présenter devant lui (3) ».

Les règles relatives à la compétence n'ont pas toutes la même force, ne produisent pas toutes les mêmes effets. On distingue, à ce point de vue, les règles de compétence absolue et celles de compétence relative. Les premières sont d'ordre public ; les secondes, au contraire, ont été posées pour la plus grande commodité des parties et en vue d'intérêts privés. Les conséquences qui en découlent sont considérables : l'exception d'incompétence absolue peut être proposée par tout le monde, c'est-à-dire par toutes les parties en cause, par le ministère public et même d'of-

(1) Concl. de M. le Comm. du Gouv. Rivet sous Cons. d'Et., 30 nov. 1923. *Sieur Couitéas, S.*, 1923. 3. 57.

(2) GARSONNET, *Proc. civ.*, 2^e éd., t. II, § 397.

(3) GARSONNET, *ibid. loc.*

fice par les juges ; d'autre part, cette exception peut être proposée en tout état de cause, à toute hauteur de la procédure, même en appel, même en cassation. C'est une exception qui ne se couvre pas. Au contraire, l'exception d'incompétence relative doit être soulevée par le défendeur seul, elle doit être invoquée, en outre, *in limine litis*, sinon la partie qui l'invoque est présumée avoir renoncé au droit de l'opposer.

§ II. Intérêt à bien connaître les règles de compétence

Tout l'intérêt qui s'attache à l'exacte connaissance des règles de compétence apparaît alors. La doctrine est unanime à reconnaître l'importance de cette question et plus encore les praticiens chargés par leurs clients de porter leurs litiges devant les tribunaux compétents. Ils n'ignorent rien des difficultés et des inconvénients résultant des actions portées devant un juge incompetent. Ces inconvénients sont de plusieurs ordres.

Tout d'abord, la durée des instances, si longue déjà lorsque la procédure est régulière, prend des proportions parfois considérables. Les arrêts de conflit sont instructifs à cet égard. Voici, par exemple, l'arrêt Manon du 7 novembre 1922 (1). Le 25 janvier 1919 le sieur Manon assigne l'administrateur de l'Inscription maritime devant le tribunal de Bastia. Le 30 mai suivant le tribunal se déclare incompetent. Le sieur Manon fait appel ; la cour infirme le jugement le 16 février 1920. Le 22 avril, le préfet maritime du cinquième arrondissement présente un déclinaire de compétence. Le 22 juillet 1921 le tribunal civil de Bastia y fait droit, le 28 octobre Manon fait appel de cette décision... Bref, le Tribunal des Conflits est saisi, rend son arrêt le 7 novembre 1922 et conclut à la compétence du Conseil d'Etat. A cette date le sieur Manon est défini-

(1) Confl., 7 nov. 1922, *Manon*, *Leb.*, p. 795.

tivement fixé, non pas sur le fond du débat, mais simplement sur le juge capable de connaître et de trancher son litige : il a lutté pendant près de quatre ans pour obtenir l'indication certaine de la juridiction devant laquelle il devra porter son action.

Ce premier inconvénient en met immédiatement un autre en évidence. Le plaideur qui n'a pas obtenu le bénéfice de l'assistance judiciaire doit assumer les frais des diverses instances. Ceux-ci sont très élevés. La mise en mouvement de tous les auxiliaires de justice : avoués, huissiers, avocats, le paiement des droits de justice, des enregistrements, nécessitent des mises de fonds continues. Ces frais sont d'autant plus lourds qu'ils sont exposés en pure perte ; la recherche de la juridiction compétente n'apporte aucune satisfaction aux parties, seules les dépenses afférentes à la solution du litige au fond sont pour elles d'une utilité réelle. Dans l'hypothèse où l'intérêt du litige est peu considérable leur importance est telle que les parties ne poursuivent plus uniquement leur action en vue de l'intérêt qui a motivé le procès mais surtout pour récupérer sur l'adversaire les frais des diverses instances.

Il faut insister sur cette disproportion qui existe souvent entre les dépenses à engager et l'intérêt pécuniaire du procès. Elle est la source d'abus fréquents, de constantes injustices. Les parties préfèrent souvent sacrifier leurs intérêts en raison des difficultés qu'elles éprouveraient devant les tribunaux pour obtenir une solution conforme à l'équité et au droit. La réparation de dommages peu importants exigerait d'eux trop d'efforts, trop de patience et trop d'argent. L'élévation des frais en des litiges où l'intérêt pécuniaire est trop faible constitue, en définitive, pour les individus de mauvaise foi, une prime à la non exécution des conventions.

Ainsi se précise toute l'utilité qui s'attache à l'exacte connaissance des règles de compétence. Celles-ci permettent aux parties de trouver *in limine litis*, le juge capable de résoudre leurs difficultés ; elles leur assurent, en définitive, une justice plus prompte et moins onéreuse.

§ III. Nécessité de règles claires et fixes

La connaissance des règles de compétence est étroitement liée, il est vrai, à leur clarté et à leur fixité. Plus une règle est simple et stable, plus les erreurs d'application sont rares. « Il faut donc donner aux plaideurs des règles de compétence simples, faciles à comprendre et à appliquer. » Ce serait « méconnaître les réalités de la vie quotidienne que de se lancer dans des distinctions et des sous-distinctions délicates (1) ». De même, il faut donner aux plaideurs des règles stables. Leur modification continuelle est un obstacle à leur connaissance. Une règle juridique, si claire soit-elle, a toujours besoin d'être interprétée. Il lui faut une certaine durée, pour donner lieu à des décisions de jurisprudence qui en fixeront le sens et en détermineront la portée. Un changement aux principes reçus à un moment donné est la cause de nombreuses décisions d'incompétence. Les plaideurs qui avaient régulièrement engagé leurs actions au moment où le changement se produit, se voient opposer l'exception d'incompétence et doivent porter leurs litiges devant une autre juridiction. Il en résulte pour eux un préjudice considérable. Au lieu de supporter les longueurs et les frais d'un procès, ils doivent porter le poids de deux instances successives. Les difficultés inhérentes aux questions de compétence qui existent à toute époque à l'état latent, prennent alors d'importantes proportions à raison du grand nombre de parties qui en sont les victimes.

§ IV. Difficultés relatives aux limites de compétence en matière contractuelle

En général, les règles de répartition des compétences entre les différents tribunaux de l'ordre judiciaire sont suffisamment stables et précises. Une longue pratique a

(1) *Rev. du dr. pub.*, 1924, p. 385.

permis à la jurisprudence de préciser les situations les plus délicates. Il est rare, dans ces conditions, qu'une action puisse être engagée par erreur devant des juges incompétents. Il en est de même, d'ailleurs, de la répartition des litiges entre les différents tribunaux de l'ordre administratif.

Au contraire, la délimitation des compétences entre les juridictions de l'ordre administratif et celles de l'ordre judiciaire soulève les questions les plus délicates. Il n'existe, en effet, aucun ensemble de règles précises, aucun critérium permettant de répartir avec exactitude les différents litiges entre les deux ordres de juridictions. Depuis de longues années la doctrine a mis en lumière l'insuffisance des principes à cet égard. Les praticiens ont insisté sur les difficultés qu'ils éprouvent au moment de porter les actions de leurs clients devant la juridiction compétente. Ceux qui sont appelés à vivre dans un contact plus intime avec les deux ordres de juridictions ont fait plus particulièrement entendre leurs doléances.

Dans son discours à la séance d'ouverture de la Conférence du stage des avocats au Conseil d'Etat à la Cour de Cassation, le 21 novembre 1896, le Président Devin faisait allusion à ces difficultés que soulève la pluralité des juridictions : « Sans doute, disait-il, cette diversité de juridictions n'est pas exempte de graves inconvénients. L'incertitude des compétences occasionne souvent des procédures longues, dispendieuses et stériles. Le plaideur cherche son juge parfois sans le trouver et, quand il l'a trouvé après des détours et des circuits laborieux, parfois l'objet du litige a péri. » Il est curieux de retrouver, après plus de trois siècles, l'écho à peine affaibli des critiques de Loyseau sur la distribution des compétences à son époque et sur les multiples difficultés qu'elle soulevait. Faisant allusion à ces difficultés il écrivait, en effet, dans son traité *De l'abus des justices de village* : « Quelle honte est-ce que les juges de province, pour courir pratique, promènent et traduisent çà et là les pauvres plaideurs, comme jouant d'eux à la pelote, et qu'ils les attirent loin de leur demeure,

souvent en une cause de néant, pour n'y faire autre chose, sinon pour demander congé de s'en retourner (1). »

Tout récemment encore, M. le Président Labbé affirmait à son tour, et dans les mêmes circonstances (2), que « le particulier n'a pas seulement droit à un juge mais a le droit de savoir, et de savoir facilement, le juge devant lequel il doit porter son action ». Et il ajoutait : « Cette exigence a-t-elle quelque chose de singulier ? Ce vœu est-il excessif ? On pourrait le croire à voir la difficulté avec laquelle nos plus hautes juridictions définissent les règles de compétence qui sont une conséquence du principe de la séparation des pouvoirs, et, combien incertaines deviennent les solutions qui ressortent de leurs arrêts. »

Ces dernières doléances se sont élevées à propos de la plus récente jurisprudence du Conseil d'Etat. Au cours de la guerre l'administration a conclu de nombreux contrats. Un grand nombre d'entre eux ont donné lieu à des litiges. La plupart du temps le Conseil d'Etat a été appelé à les juger. Il a été ainsi amené à préciser, certains disent à modifier, sa jurisprudence antérieure en matière contractuelle. Des distinctions ont été introduites. De nombreuses décisions d'incompétence en ont été l'effet. La question des compétences a présenté du même coup une acuité particulière. L'un des vœux émis au Congrès national des maires de France en 1928 en est une nouvelle preuve (3).

(1) *Des œuvres de Maistre Charles Loyseau*, à Paris chez P. Rocolet, 1660, à la page 30 du traité « De l'abus des justices de village ».

(2) Discours d'ouverture à la Conférence du stage des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation du 13 décembre 1923.

(3) Voici le texte de ce vœu :

« Sur le rapport de M. Paul Bellamy, député, maire de Nantes ;

« L'Association nationale des maires de France,

« Considérant que les attributions des Conseils de Préfecture interdépartementaux résultent pour le moment et de textes précis et d'une jurisprudence dont la complexité même, en ce qui concerne les actions et les contrats des communes, est une cause de complications et d'erreurs ;

« Qu'il est souhaitable qu'un statut conforme aux exigences de la vie moderne vienne poser des règles précises pour les communes et pour les administrés ;

« Qu'il est incontestable que les actions et les contrats des communes, quels que soient leur nature et leur objet, sont fonction de la personnalité publique de ces collectivités et restent inséparables des intérêts publics dont elles ont charge, comme des obligations et des formalités que leur crée la tutelle administrative ;

« Que, dès lors, les distinctions de compétence judiciaire doivent s'éta-

La présente étude a pour but d'examiner les difficultés nées de cette dernière jurisprudence du Conseil d'Etat. Son objet sera limité au domaine contractuel qui présente seul des questions délicates à résoudre. Quels contrats relèvent des tribunaux judiciaires, quels autres relèvent de la juridiction administrative ? Quels sont les contrats administratifs ? Y a-t-il un critérium qui permette de les distinguer sans erreur ? Autant de questions auxquelles il faut répondre et que nous allons examiner.

blir non sur un examen, toujours discutable, des actes considérés en soi, mais sur la nature des personnes et collectivités dont ces actes sont le fait et qui servent les intérêts publics ou particuliers dont elles ont la charge ;

« Que ce point de vue est conforme aux tendances mêmes qui se sont fait jour dans la jurisprudence des tribunaux administratifs et les conduisent à leur fin logique ;

« Emet le vœu :

« Que désormais, les contrats et actions des communes relèvent en toute circonstance et quels qu'en soient l'objet et la nature des tribunaux administratifs ; —

« Que les tribunaux civils restent exclusivement affectés à leur objet qui est de régler les conflits et litiges entre particuliers ;

« Demande aux pouvoirs publics de s'inspirer de ce critérium dans la définition des attributions des tribunaux administratifs qu'il étudie actuellement. »

CHAPITRE PREMIER

DE L'EXISTENCE DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

SOMMAIRE. — § I. La notion de contrat en droit civil — § II.

Les auteurs de droit public et leurs opinions sur les formes contractuelles : a) théorie de M. Renard ; b) théorie de M. Jèze ; c) théorie de M. Hauriou ; d) critique de ces points de vue. —

§ III. L'adhésion. Points de vue respectifs du droit civil et du droit administratif. Critique de la notion d'adhésion. —

§ IV. Tendances à l'unité entre le droit public et le droit civil par l'impersonnalité des rapports de droit. — § V. De l'existence des contrats administratifs.

§ I. La notion de contrat en droit civil

L'objet de cette étude est limité aux « contrats administratifs » et aux questions de compétence qu'ils soulèvent. L'emploi de cette dénomination, « contrats administratifs », appelle immédiatement une observation. N'y a-t-il pas une antinomie entre la notion de contrat et celle de droit administratif ; ces deux termes juxtaposés ne devraient-ils pas, au contraire, être opposés ? En d'autres termes, la notion de contrat relève-t-elle uniquement du droit privé à l'exclusion du droit administratif (1) ?

En droit civil, la notion de contrat a le double privilège de la simplicité et de la clarté. Un contrat est un accord de volontés ayant pour but d'engendrer des obligations. Le

(1) Dans son ouvrage : *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 364, M. DUGUIRRE se demande, si, au fond, la notion même d'un contrat passé avec l'Etat n'est pas contradictoire.

consentement des parties en est l'élément essentiel. Il est le résultat d'une double opération. Les contractants doivent commencer par se mettre d'accord sur le contenu de la convention, en débattre les conditions essentielles, en discuter les clauses particulières. Une fois l'accord établi sur le contrat projeté, il faut donner à celui-ci sa force obligatoire par un acte de volonté exprimant l'adhésion individuelle de chacune des parties à l'acte ainsi préparé. C'est ce que l'article 1108 du Code civil appelle « le consentement de la partie qui s'oblige (1) ».

§ II. Les auteurs de droit public et leurs opinions sur les formes contractuelles

Certains auteurs de droit public se sont particulièrement attachés à ce débat contradictoire où, donnant donnant, les parties déterminent l'étendue des obligations auxquelles, elles vont se soumettre. Ils ont observé qu'en droit administratif cet accord préalable sur le contrat projeté n'existait presque jamais. Ils ont conclu, dans toutes ces hypothèses, à l'absence de contrat. Tel serait, par exemple, le cas du fonctionnaire au moment où il est incorporé dans les cadres administratifs. Il ne peut discuter les charges et les avantages attachés à sa fonction. Il doit accepter ou rejeter en bloc le statut qui lui est offert.

a) THÉORIE DE M. RENARD

Dans son *Cours élémentaire de droit public* (2), M. Renard se fait l'interprète des auteurs qui voient dans tout contrat le résultat d'un marchandage. « Il faut en finir, dit-il, avec cette grossière illusion, encore trop répandue dans le monde des praticiens, que tout accord de volontés sur un objet de droit forme un contrat. Le bon sens public pro-

(1) PLANIOL, *Traité élém. de dr. civ.*, t. II, n° 945, 7^e éd.

(2) N° 51, note 2, p. 70.

teste, contre une pareille extension. » Il faudrait, en effet établir une distinction entre l'adhésion et le consentement. Le consentement seul serait générateur de contrat (1).

En effet, dans toute convention la situation des parties est généralement inégale. Celle des parties qui se trouve dans une condition économique plus forte que l'autre fait prévaloir sa volonté. En certains cas la dépendance est telle que le co-contractant est dans l'obligation de souscrire les conditions qui lui sont imposées. Ainsi va-t-il de l'administration dans la plupart des cas où elle traite avec les particuliers.

Lorsque la situation économique permet aux parties d'obtenir des concessions réciproques il y aurait réellement « consentement » ; il y aurait donc contrat. Au contraire, lorsque l'une des parties se trouverait dans l'obligation d'accepter ou de rejeter dans leur ensemble toutes les clauses proposées, ainsi qu'il arrive le plus souvent avec l'administration, il y aurait « adhésion ». Il n'y aurait point contrat. « Le contrat est une chose, l'adhésion en est une autre. Il n'y a contrat qu'autant que l'objet de l'accord est réellement — non fictivement — *le résultat d'une élaboration en commun, d'un débat* ; il y a adhésion chaque fois que cet objet est l'œuvre unilatérale de l'une des parties, à laquelle l'autre partie n'a que le choix de donner ou de refuser son assentiment *sans débat* ; celle-ci adhère à la règle posée par l'autre, dans un sens analogue à celui où l'on parle d'adhésion à la vérité. Des légistes attardés peuvent bien négliger cette distinction ; le sentiment public ne s'y trompe pas et la jurisprudence s'en fait de plus en plus l'écho... Que de soi-disant contrats seront reconnus un jour n'être que des actes d'adhésion ! La sincérité de l'observation psychologique finit bien par l'emporter sur le formalisme et la dialectique (2). »

Ainsi, d'après certains auteurs de droit public, l'adhésion

(1) Voir par ex. DUGUIT, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, p. 55 ; — HAURIOU, note sous Cons. d'Et., 23 mars 1906, *S.*, 1908. 3. 19.

(2) RENARD, *loc. cit.*

ne fait point les contrats, le consentement seul est susceptible de les créer. De là, chez ces mêmes auteurs une série de distinctions suivant les possibilités de discussion, le degré de liberté supposés entre les parties contractantes. De là, également ces diverses assimilations de contrats à des opérations juridiques non contractuelles.

b) THÉORIE DE M. JÈZE

Ainsi M. Jèze distingue les modes de collaboration forcée, des modes de collaboration volontaire des particuliers au fonctionnement des services publics. Il semblerait naturel de qualifier « contrat » chacune des formes juridiques de collaboration volontaire. M. Jèze le reconnaît sans difficulté. « On pourrait être tenté, dit-il, de les réunir en une catégorie *unique* : le *contrat*. En effet, dans tous les cas de collaboration volontaire, il y a un *accord de volontés* : un agent public et un particulier se mettent d'accord pour un acte de collaboration *volontaire*. » Cependant, on commettrait ainsi une erreur grossière. Tout contrat est un accord de volontés ; mais tout accord de volontés n'est pas un contrat (1). Pour qu'un accord de volontés soit un contrat, il faudrait, non seulement qu'il soit générateur d'obligations mais encore qu'il crée une situation juridique individuelle. C'est ainsi que l'engagement militaire est bien un accord bilatéral de volontés mais ne serait pas un contrat. Il ne crée pas une situation juridique individuelle ; il applique à un individu une situation juridique générale et impersonnelle. Il investit l'engagé d'un statut légal et réglementaire. Voilà pourquoi, d'après M. Jèze, l'engagement militaire volontaire, accord de volontés, ne serait pas un contrat (2).

c) THÉORIE DE M. HAURIU

M. Hauriou ne crée point de catégories spéciales aux accords de volontés non contractuels. Il s'efforce plutôt

(1) JÈZE, *Principes généraux du droit administratif*. Le fonctionnement des services publics, 3^e éd., 1926, p. 156.

(2) JÈZE, *loc. cit.*, p. 156, Adde, *Cours de droit public*, 1921, I, p. 40 et s.

d'assimiler ces accords de volontés à des situations juridiques définies exclusives de toute idée de contrat. Ainsi, le lien juridique qui unit le fonctionnaire à l'Etat ne serait point contractuel. Il conviendrait d'écarter à ce sujet une conception civiliste qui tendrait à ne voir dans la situation du fonctionnaire qu'un contrat de louage d'ouvrage ordinaire, à moins que ce ne soit un contrat de mandat, ou encore, qui voulant marquer la différence entre la vie publique et la vie privée, y verrait un contrat de service public, à la vérité fort innommé. En réalité, le recrutement des fonctionnaires civils ne serait pas le résultat d'un contrat ; comme celui des militaires, il serait « à base de réquisition consentie (1) ».

d) CRITIQUE DE CES POINTS DE VUE

Il serait aisé de réfuter successivement chacune de ces théories particulières. La réquisition, par exemple, est exclusive de tout consentement. Sa raison d'être réside dans la nécessité où se trouvent parfois les autorités de se procurer par la force ce qu'elles ne peuvent obtenir du consentement des individus. Parler de « réquisition consentie » c'est donc juxtaposer deux termes contradictoires s'excluant l'un l'autre. C'est commettre la même erreur juridique que d'assimiler une cession amiable à une expropriation (2).

De même, il est inexact de prétendre que tout accord de volontés générateur d'obligations n'est pas nécessairement un contrat. Peu importe qu'il investisse les parties d'une situation générale et impersonnelle ou, au contraire, d'une situation juridique individuelle. Cette condition est purement arbitraire. Elle n'est inscrite nulle part. Aucune juridiction d'aucun ordre ne l'a jamais consacrée. A un certain point de vue, d'ailleurs, toute situation générale et impersonnelle est à l'égard de celui qui en est investi une situation individuelle. L'engagé militaire a une situation

(1) HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 10^e éd., p. 573. Dans le même sens : RENARD, *loc. cit.*, n^o 73, p. 116.

(2) RENARD, *loc. cit.*, n^o 51, n. 1, p. 70.

particulière selon l'arme dans laquelle il s'engage, la durée pour laquelle il promet de servir, etc... Les deux situations générale et individuelle se juxtaposent sans qu'il soit possible de les séparer. Elles dérivent l'une et l'autre, à l'égard de l'engagé, d'un accord de volontés. La réciproque est également vraie. Une situation individuelle est en même temps juxtaposée à une situation générale et impersonnelle. Voici, par exemple, un vendeur d'immeubles. Il est créancier du prix convenu. A cet égard, il se trouve vis-à-vis de son débiteur dans une situation individuelle. Mais, en même temps et du fait de la vente, il bénéficie de tous les droits attachés par la loi à la condition du vendeur d'immeubles. Il est ainsi investi d'une situation générale et impersonnelle.

En définitive, toute situation est à la fois générale et individuelle. La condition arbitraire en vertu de laquelle tout accord de volontés générateur d'obligations devrait être créatrice de situation individuelle pour constituer un contrat est dépourvue de toute portée pratique.

§ III. De l'adhésion

Ces diverses théories qui se refusent à voir un contrat dans tout accord de volontés générateur d'obligations, dérivent toutes d'une théorie déjà ancienne, en droit civil : celle des contrats d'adhésion (1). Sans doute, elle a subi des transformations dans sa transposition dans le domaine du droit public. Ainsi qu'il a été exposé, les auteurs de droit public prétendent que l'acte d'adhésion est exclusif de toute idée de contrat. D'une manière générale, ajoutent-ils, « lorsque les juristes sont obligés de qualifier un contrat pour expliquer certaines particularités, il y a les plus grandes chances pour que l'acte juridique ainsi qualifié ne soit pas un contrat. Tel est le cas pour le contrat d'adhésion (2) ». Au contraire, les auteurs de droit

(1) HAURIOU, *Principes de droit public*, 2^e éd., p. 206.

(2) JÈZE, *Principes généraux du droit administratif* : Le fonctionnement des services publics, 3^e éd., 1926, p. 11 et s.

civil voient dans l'acte d'adhésion une manifestation du consentement de la partie qui s'oblige répondant au consentement de l'autre partie. Dès lors, ils ne contestent pas qu'il y ait contrat. Ils prétendent simplement qu'il y aurait une modalité particulière de contrat. C'est seulement en passant dans le droit public que leur thèse a été outrée et que les auteurs de droit public sont arrivés à soutenir que là où il y a adhésion il ne pourrait y avoir contrat. Par conséquent, les motifs qui infirment la théorie du contrat d'adhésion infirment a fortiori les doctrines du droit public qui en sont dérivées : les unes et les autres se heurtent aux mêmes objections.

Ces théories dérivent de considérations psychologiques sur le degré de liberté des parties contractantes. Suivant elles les contrats résulteraient d'accords de volontés absolument libres. Les parties fixeraient à leur gré leurs droits et obligations réciproques. Le domaine du contrat serait celui de volontés individuelles régnant en souveraines maîtresses. L'article 1134 du Code civil en vertu duquel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » consacrerait cette solution (1).

MM. Colin et Capitant ont fait la critique de cette interprétation restrictive de la notion contractuelle. « C'est avec raison, disent-ils, que les juristes persistent à voir dans les contrats d'adhésion de véritables contrats. Celui qui adhère aux conditions qui lui sont proposées est, en somme, libre de ne pas les accepter ; il pourrait les rejeter en bloc et, par conséquent, lorsqu'il les accepte il donne bien son consentement. Ce serait se jeter dans des difficultés inextricables que de refuser à de telles opérations leur caractère (2). » En effet, la liberté telle qu'on la voudrait exiger est pratiquement plus apparente que réelle. L'inéluctable loi économique de l'offre et de la demande pèse sur toutes les transactions. Il existe, à cet égard, un véritable déter-

(1) Pour l'exposé complet de la doctrine des contrats d'adhésion cf. DEREUX, *Rev. Trim. de dr. civ.*, 1910, p. 503.

(2) *Cours élémentaire de droit civil*, t. II, p. 273.

minisme économique. La liberté n'intervient plus guère que dans le choix des besoins dont les individus entendent assurer la satisfaction. S'il fallait faire, cependant, de l'égalité économique des parties une condition absolue de l'existence des contrats, il faudrait bannir du domaine du droit cette notion si importante du contrat (1).

D'autre part, dans la majorité des cas, les parties se contentent de prévoir les effets essentiels de leur accord de volontés. Bien des conséquences secondaires, bien des effets accessoires sont laissés dans l'ombre. Le Code civil supplée à ces lacunes dans toutes ses dispositions relatives aux contrats. Il crée ainsi de véritables présomptions légales de la volonté des parties; les conventions n'en conservent pas moins leur caractère contractuel.

A cet égard, d'ailleurs, les contrats d'adhésion résultent mieux que tous autres contrats de la volonté clairement exprimée des parties contractantes. Il est curieux de constater, en effet, que l'un des mobiles qui a dicté cette distinction des « contrats d'adhésion » a été tiré de la multiplicité des détails insérés à ces contrats. Les polices d'assurances sont le type le plus commun de ces contrats. Il est aisé de se rendre compte que mieux que tous autres contrats elles envisagent toutes les situations et laissent dans l'ombre peu de difficultés. Leur caractère contractuel apparaît de ce chef beaucoup mieux affirmé.

(1) Dans son étude précitée M. Dereux a conclu qu'il faudrait conserver aux actes par adhésion leur caractère contractuel. Toutefois, une observation exacte des faits conduirait à distinguer dans ces contrats deux sortes de clauses : celles qui sont essentielles et sur lesquelles l'attention des parties se serait nécessairement portée, et celles qui sont accessoires ou, du moins, que l'une des parties a dû considérer et n'accepter que comme telles. La bonne foi interdirait qu'on se serve de ces dernières pour dénaturer l'essence du contrat. Le cas échéant, il appartiendrait au juge de leur refuser sa sanction.

Des tribunaux judiciaires inférieurs se sont emparés de cette doctrine. Ils ont tenté d'en faire application à propos notamment de clauses de déchéance insérées aux contrats d'assurances. Sous prétexte d'interprétation, ils se sont efforcés d'écarter les conséquences dommageables que leur application entraînait pour les assurés. La Cour de Cassation a régulièrement cassé ces décisions. Elle a décidé que l'article 1134 devait être scrupuleusement observé et que toute clause d'un contrat devait être sanctionnée du moment où elle était formulée d'une façon claire et précise. (Civ. Cass., 28 oct. 1918, 30 nov. et 13 déc. 1921, *D. P.*, 22. 1. 38 ; — Civ. Cass., 27 janv. 1925, *D. H.*, 1925, p. 181.)

Ainsi, à aucun point de vue, la création d'une catégorie particulière de contrats dits « par adhésion » ne peut se justifier. Contredite et condamnée par la jurisprudence elle est, en outre, absolument contraire aux dispositions de l'article 1134 du Code civil. Il n'y a en droit civil qu'une seule catégorie de contrats.

Ces mêmes observations s'appliquent *mutatis mutandis*, nous l'avons vu, au droit public. Il existe d'autant moins de difficultés à cet égard que les auteurs de droit public n'ont jamais contesté la force obligatoire des obligations nées de manifestations de volontés données sous forme d'adhésion. Au surplus, l'examen des conditions dans lesquelles s'est constituée et développée la théorie des contrats d'adhésion va nous amener à constater, en dernière analyse, que les contrats du droit public n'ont pas une nature différente de ceux du droit privé. Ils tendent, au contraire, dans l'économie et le droit modernes, à se rapprocher de plus en plus les uns des autres, en sorte que le caractère commun de leur essence apparaît plus visible : ce sont des accords de volontés générateurs d'obligations.

§ IV. Tendances à l'unité entre le droit public et le droit civil par l'impersonnalité des rapports de droit

Au moment de la rédaction du Code civil la notion de contrat correspondait assez exactement à celle des théoriciens actuels du droit public. Les rapports sociaux étaient moins développés qu'aujourd'hui, les transactions étaient plus rares. Le type normal des rapports de droit était effectivement l'échange des consentements, précédé d'un débat préalable sur le contenu du contrat. C'était le temps où l'on « marchandait », où les prix marqués étaient débattus. Sans doute, dès cette époque, certaines offres se présentaient d'une façon analogue à celle de nos modernes contrats prétendus d'adhésion. Toutefois, les rapports de droit créés sous cette forme étaient exceptionnels. Ils

n'attiraient point encore, par leur importance numérique, l'attention des juristes.

Au cours du XIX^e siècle d'importantes transformations économiques et sociales se sont produites. La grande industrie est née, elle a connu un rapide essor. L'usine a fait place à l'atelier familial. Le patronat a fait son apparition et a supplanté l'artisanat. Du même coup, le caractère personnel des rapports sociaux s'est modifié. Le chef d'entreprise a cessé de connaître ses collaborateurs, l'ouvrier est devenu dans l'entreprise un auxiliaire anonyme. Le développement de la personnalité civile sous toutes ses formes a encore précipité ce mouvement vers l'impersonnalité des rapports de droit. Le vote de la loi du 24 juillet 1867, sur les sociétés anonymes, en particulier, a fait disparaître l'*intuitus personae* de nombreux contrats où il se manifestait jusqu'alors.

Parallèlement à ce mouvement d'impersonnalité s'est poursuivi un autre mouvement vers la fixité des prix et l'élimination progressive de cet élément de discussion qui précédait tout accord de volontés d'ordre contractuel. En effet, le patron qui embauche des ouvriers peut facilement arrêter avec chacun d'eux des modalités particulières d'utilisation et de rémunération, tenir compte de ses aptitudes, de ses charges de famille... Au contraire, lorsque l'entreprise se développe, prend de l'extension, le chef d'entreprise est obligé de confier à un tiers les questions relatives au personnel. Il se bornera à lui fixer les règles générales de son action. Ce tiers est obligé de se conformer aux instructions reçues. Les conditions de recrutement deviennent alors générales et uniformes. Les mêmes solutions s'appliquent, d'ailleurs, à la vente des produits.

Sans doute, le patron qui a vu son exploitation s'accroître peut encore, théoriquement, conclure lui-même ses marchés, recruter directement son personnel, modeler pour chacun les conditions de son contrat de travail. Il vient cependant un moment où cette possibilité de fait disparaît : le jour où l'entreprise devient la propriété d'une société. A cette époque, le pouvoir de décision passe nécessairement à un

être fictif : la société. Celle-ci décide par l'organe d'un corps délibérant, elle exécute par l'entremise de ses agents. La décision et l'exécution sont séparées. La partie qui exécute est contrainte à respecter les décisions du corps délibérant, du conseil d'administration. Les contrats prennent alors un caractère d'uniformité et d'impersonnalité absolu. Ils ne laissent place à aucune discussion, l'organe qui conclut le contrat n'étant pas celui qui en a fixé les modalités.

A la longue, il est vrai, la nécessité d'une rigidité moins grande est apparue. C'est ainsi qu'à propos du contrat de travail, par exemple, les employeurs ont été amenés à rémunérer le travail à la tâche, aux pièces ou encore au moyen d'un salaire fixe, majoré de primes diverses, afin de proportionner le salaire au travail de chacun. C'est ainsi, également, qu'il a été tenu compte des charges de famille à l'aide des caisses de compensation. Dans ces diverses hypothèses, cependant, la situation est restée bien différente de ce qu'elle était autrefois. Les avantages ainsi accordés ont été fixés d'une façon toute générale et impersonnelle avec un caractère quasi réglementaire. Dans ce domaine de la main-d'œuvre pris pour exemple le caractère d'impersonnalité, de généralité et d'uniformité des clauses du contrat de travail a été encore accru par le système du contrat collectif de travail qui impose à tous ses adhérents, patrons et ouvriers, des conditions absolument identiques et à l'abri de toute discussion. Ainsi, le droit moderne délaisse de plus en plus les anciennes formes contractuelles et tend à multiplier ce que l'on a nommé à tort les « contrats » d'adhésion. Ce fait résulte de la substitution d'une économie fondée sur des rapports qu'on pourrait qualifier « anonymes » à une économie fondée sur les rapports personnels et directs des parties. Cette économie nouvelle n'a point changé la nature juridique des rapports sociaux puisque, nous l'avons vu, les contrats dits « d'adhésion » ont même nature que ceux conclus au début du XIX^e siècle : les uns et les autres sont des accords de volontés générateurs d'obligations.

Les contrats passés par l'Etat n'ont point d'autre essence. La distance qui les sépare des contrats dits « d'adhé-

sion » est moins considérable que celle séparant ces derniers contrats de ceux envisagés à l'époque de la rédaction du Code civil. Sous bien des rapports, en effet, l'Etat est comparable à une société. Il est organisé, dans son ensemble, sur le mode des personnes morales représentant une collectivité. Comme elles, il a ses organes délibérants qui décident et ses agents qui exécutent. A ce titre, et pour les mêmes motifs, il est également amené à fixer des règles générales et impersonnelles. Celles-ci définissent les conditions et les limites dans lesquelles l'Etat entend manifester ses volontés au regard des volontés individuelles.

Un fait caractérise, toutefois, la situation de l'Etat. Au lieu d'un groupement limité comme celui d'une société il s'agit alors de la collectivité toute entière. L'harmonie d'intérêts, la solidarité qui existaient entre une société et ses administrateurs tend ici à disparaître. Un Etat n'est d'ailleurs point menacé de suppression de la même façon qu'une personne morale du droit privé à raison des fautes de ses représentants ou de ses agents. Ceux-ci sont donc plus ou moins sollicités de rechercher ce qu'ils pensent être leur intérêt, en dehors et à l'encontre de l'institution dont ils sont les agents délibérants ou les agents d'exécution. Dès lors, apparaissent de nouvelles nécessités de contrôles, de séparations, de hiérarchies, bref de garanties que ne connaissaient point les sociétés. Ces nécessités sont d'autant plus grandes qu'il s'agit ici de l'intérêt de la collectivité et non pas de l'intérêt de quelques-uns. Les dispositions qu'il a fallu ainsi arrêter pour assurer la prédominance de l'intérêt général de la collectivité « Etat » sur les intérêts particuliers, le respect de ses décisions à tous les degrés constituent des textes d'ordre essentiellement administratif. L'intérêt général qui les a dictés leur a conféré, en outre, dans la plupart des cas, un caractère impératif (1).

(1) Les mêmes observations doivent s'appliquer *mutatis mutandis* aux autres collectivités administratives.

§ V. De l'existence des contrats administratifs

Ces règles nouvelles n'ont cependant rien modifié au caractère contractuel qui nous occupe. Administrativement, l'Etat est chargé de l'exécution des services publics. Il a besoin, dans ce but, de biens et de services. Il se les procure suivant deux modes distincts : volontaires et forcés. Les modes volontaires sont les contrats. C'est par des contrats que l'Etat recrute les fonctionnaires chargés de l'exécution de ses services, qu'il s'assure les fournitures dont il a besoin, les travaux qui lui sont nécessaires. Nous retrouvons, en effet, dans ces différents actes, l'accord de volontés générateur d'obligations, conditions à la fois suffisantes et nécessaires à l'existence du contrat.

On objecterait vainement que cette interprétation contractuelle absorbe le droit public dans le droit privé. Non ! Nous affirmons simplement que les modes de recrutement volontaire en services et en biens au profit des collectivités administratives ont même nature juridique que les actes correspondants du droit privé : ils sont les uns et les autres des accords de volontés générateurs d'obligations. Cela ne veut pas dire, cependant, que ces accords ont même contenu, relèvent des mêmes principes, sont gouvernés par les mêmes règles. Nous avons vu, au contraire, que les contrats conclus pour l'exécution des services publics appellent, en général, un régime juridique particulier. Ce régime est désigné par le terme « administratif » accolé au mot contrat, de même qu'il est question de « contrats commerciaux » pour caractériser le régime spécial que les actes de commerce entraînent avec eux. On pourrait encore trouver une analogie dans le domaine de la responsabilité. Le droit civil possède une théorie générale de la responsabilité, le droit administratif également. Ce dernier, toutefois, a ses règles particulières. Selon la formule du Tribunal des Conflits du 8 février 1873 (Blanco), « la responsabilité qui peut incomber à l'Etat, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans les services publics, ne

peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier ; cette responsabilité n'est ni générale ni absolue ; *elle a ses règles spéciales*, qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ».

Personne n'a jamais protesté contre l'expression « responsabilité administrative », employée parallèlement à l'expression « responsabilité civile ». A fortiori, l'expression « contrat administratif » doit-elle être acceptée. Au reste, les auteurs de droit public qui rejettent en partie la thèse contractuelle sont cependant d'accord pour reconnaître que « les accords de volontés non contractuels » doivent produire les mêmes effets que s'il y avait eu effectivement contrat. Il est donc logique, en définitive, de parler de « contrats administratifs » et de réserver cette appellation aux contrats qui mettent en jeu, dans l'exécution des services publics, les règles propres du droit administratif.

Ainsi, nous conservons en droit administratif cette notion fondamentale du droit civil : celle du contrat. D'accord ici avec M. Renard (1), nous sommes « de ceux qui pensent que, le droit civil demeurant le droit commun, il convient de ramener, autant que faire se peut et que les nécessités propres de la vie administrative n'y répugnent point, les cadres du droit administratif à ceux du droit civil ; c'est ce qu'on est porté, du moins, à admettre, si l'on reconnaît que le gouvernement et l'administration ne sont pas des fins en soi, et que leur but définitif est plutôt de créer une ambiance favorable à l'accroissement de la vie privée ; celle-ci est le fond de la vie sociale ».

(1) *Cours élémentaire de droit public*, 1922, n° 49, p. 66.

CHAPITRE II

LE DOMAINE DES CONTRATS ADMINISTRATIFS

SOMMAIRE. — § I. Les divers critères proposés par les auteurs. Leurs inexactitudes, leurs insuffisances : a) théorie de M. Duguit ; b) théorie de M. Hauriou ; c) théorie de M. Marc Réglade ; d) théorie de M. Labbé ; e) théorie de M. Jèze. — § II. Impossibilité de dégager un critérium exact des contrats administratifs. Méthode à employer à leur égard.

§ I. Les divers critères proposés par les auteurs. — Leurs inexactitudes, leurs insuffisances

Le contrat administratif est une réalité. Il n'y a pas d'opposition entre les deux termes de cette expression : « contrats administratifs ». La jurisprudence a toujours reconnu et sanctionné l'existence de ces contrats.

Par contre, nous venons de le voir, certains auteurs limitent le domaine des contrats administratifs. Ils éliminent du domaine contractuel certains accords de volontés : ceux qui se manifestent par des actes d'adhésion. Toutefois, ces mêmes auteurs tiennent pour contractuels certains accords de volontés. Il les qualifient volontiers « contrats administratifs ». M. Jèze, par exemple, qui a le mieux étudié ces contrats, déclare que « dans le droit public français, il existe des *contrats administratifs*, c'est-à-dire des contrats différents des contrats conclus entre parti-

culiers par le régime juridique auquel ils sont soumis (1) ».

En fait la plupart des auteurs s'accordent à reconnaître qu'il existe des contrats administratifs. Les divergences portent principalement sur le domaine de ces contrats et sur le critérium permettant de les distinguer. Il convient d'examiner quelques opinions émises actuellement à ce sujet. Nous verrons qu'aucune solution n'est satisfaisante, qu'aucun des critères proposés ne permet de comprendre l'ensemble des contrats jugés administratifs par les tribunaux, en particulier par le Conseil d'Etat et le Tribunal des Conflits.

a) THÉORIE DE M. DUGUIT

D'après M. Duguit (2), « dans ses éléments intrinsèques, un contrat a toujours les mêmes caractères. Le contrat est une certaine catégorie juridique, et quand les éléments qui le constituent sont réunis, il y a un contrat ayant toujours les mêmes caractères et les mêmes effets. Par conséquent, s'il y a des contrats qui donnent lieu à la compétence des tribunaux administratifs ce ne peut-être qu'à raison du but en vue duquel ils sont faits. Il y a quelque chose d'analogue à ce qui se passe pour les contrats commerciaux. Quant au fond, il n'y a pas de différence entre un contrat civil et un contrat commercial. Ce qui fait le contrat commercial et fonde la compétence des tribunaux de commerce, c'est le but commercial en vue duquel il est fait. — Il n'y a pas de différence quant au fond, entre un contrat de droit civil et un contrat administratif. Ce qui donne à un contrat le caractère administratif et fonde la compétence des tribunaux administratifs, c'est le but de service public en vue duquel il est fait. »

Cette argumentation est en un point conforme aux observations qui précèdent. Tout contrat, qu'il soit com-

(1) *Les principes généraux du droit administratif* : le fonctionnement des services publics, 1926, p. 298.

(2) *Traité de droit constitutionnel*, 2^e édit., III, 1923, p. 41.

mercier, civil ou administratif a toujours les mêmes caractères (1). Il est, dans ses éléments intrinsèques, un accord de volontés générateur d'obligations. L'épithète « Civil », « Commerical » ou « Administratif » a simplement pour but de distinguer les genres dans cette grande famille juridique qu'est le contrat. M. Duguitt souligne ici d'une façon particulièrement claire l'identité fondamentale de la notion contractuelle en droit civil et en droit administratif.

Par contre, sur un point important, les conclusions de M. Duguitt ne sont pas entièrement conformes à la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits. Le « but de service public » ne suffit pas pour donner à un contrat le caractère administratif. Cette condition est nécessaire, nous le verrons, mais elle n'est jamais suffisante. M. Berthélemy a montré à ce sujet combien il est inadmissible « que la haute juridiction administrative, unique pour toute la France, ait la charge de régler une note contestée pour l'acquisition d'une bouteille d'encre ou d'une boîte de plumes parce que ces articles sont destinés à une école communale (2) ».

Sans doute, on peut discuter la question de savoir s'il ne serait pas préférable de déférer à la juridiction administrative tous les contrats conclus en vue de l'exécution des services publics. Il y aurait là une solution aisée, claire et précise au difficile problème de la répartition des compétences entre les tribunaux de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire. Du moins, en l'état actuel de la jurisprudence, cette solution est inexacte. Il suffit, pour le moment, d'indiquer quelques solutions d'espèce montrant que tel n'est pas le principe actuellement admis devant les tribunaux.

Dès 1910, le Tribunal des Conflits (3) reconnaissait compétence aux tribunaux judiciaires à l'effet de connaître du dommage causé par des troupes dans un immeuble mis

(1) « Les contrats administratifs ne sont pas plus solennels que les autres et se réalisent comme les contrats de droit privé par un accord de volontés. » Marc RÉGLADE, *Revue de Dr. Publ.*, t. XLI, p. 191.

(2) BERTHÉLÉMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 9^e éd., 1921, p. 1014, n. 1.

(3) Confl., 4 juin 1910, *Cie le Soleil c/ l'Etat*, *Leb.*, p. 446.

à la disposition de l'Etat pour loger des réservistes appelés pour une période de 28 jours. L'arrêt du Conseil d'Etat du 31 juillet 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges contre ville de Lille (1), donne l'exemple d'un contrat manifestement conclu en vue d'un service public, celui de la voirie, et qui, pourtant, donne lieu à la compétence judiciaire. L'arrêt du Tribunal des Conflits du 15 novembre 1913, Meyer contre l'Etat (2) est plus explicite encore. Il s'agissait d'un litige né de l'exécution d'un contrat de bail. Les lieux loués étaient occupés par l'Etat qui y avait installé un service public. Il a été décidé « que lorsque l'Etat occupe un immeuble *en vue de l'installation d'un service public*, les contestations qui s'élèvent entre le propriétaire bailleur et l'administration locataire, notamment en ce qui concerne le paiement des loyers, sont de la compétence de l'autorité judiciaire ».

On objecterait vainement que, dans cette affaire, il s'agissait de « l'installation » d'un service public mais non de son « exécution ». Tout d'abord, dans l'un et l'autre cas : installation ou exécution du service public, il s'agit toujours d'un « but de service public », suivant l'expression de M. Duguit. En outre, les cas où il s'agit de contrats conclus en vue de faciliter l'exécution d'un service public sont assez nombreux pour qu'aucun doute ne puisse subsister à cet égard. Tel est, par exemple, dans le domaine des services, le cas des ouvriers embauchés temporairement afin de seconder des officiers dans l'exécution de travaux militaires (3), ou encore celui des difficultés relatives à la rémunération des ouvriers ayant travaillé à domicile pendant la guerre pour le service de l'intendance (4). De même également relèvent des tribunaux judiciaires les contestations nées de l'exécution d'un contrat de transport au profit du service aéronautique militaire (5), etc...

(1) *Leb.*, p. 909.

(2) *Leb.*, p. 1115.

(3) Cons. d'Et., 26 nov. 1920, *Bourbon c/ Min. de la Guerre, Leb.*, p. 994.

(4) Cons. d'Et., 14 janv. 1925, *Syndicat des ouvriers de l'habillement militaire de Limoges*, p. 41.

(5) Cons. d'Et., 6 mai 1921, *Cie P. L. M., Leb.*, p. 454.

S'il fallait un argument plus topique encore, le rapprochement des deux espèces jugées les 5 mai 1922 (1) et 23 mai 1924 (2) le fournirait. Il s'agit, dans l'un et l'autre cas, de litiges nés à l'occasion du service public d'assurances maritimes créé par l'Etat pendant la guerre. Dans une première phase l'Etat est assureur concurremment avec les Compagnies privées. Le service qu'il gère est néanmoins un service public. Le Conseil d'Etat décide que la compétence est judiciaire car, à moins de clauses spéciales, l'Etat se trouve vis-à-vis des usagers des services publics industriels dont il croit devoir assumer la gestion, dans la même situation qu'un entrepreneur ordinaire.

Dans une seconde phase la loi du 19 avril 1917 vient d'être votée. Le service des assurances est toujours un service public mais il est, pour partie, monopolisé. En outre le nouveau texte légal impose aux assurés quelques obligations particulières : le Ministre des Travaux publics a le pouvoir de déterminer la valeur assurée sur laquelle porte la garantie de l'Etat — sans que l'intéressé puisse en contester l'exactitude —, la valeur assurée n'est payée, en cas de perte, que jusqu'à concurrence de 75 %. Le complément de 25 % ne doit être versé qu'après emploi du montant de l'assurance dans l'achat ou la mise en chantier d'un autre navire agréé par le Ministre de la Marine. En présence de ces stipulations particulières le Conseil d'Etat décide que la compétence s'est transformée. Elle est devenue administrative. Les contrats d'assurances conclus sous le régime de la loi du 19 avril 1917 sont des contrats administratifs.

Ainsi, il s'agit, dans chacune des deux espèces qui viennent d'être rapportées, de deux contrats conclus dans un même but de service public, pour le même service public d'assurances maritimes. Dans le premier cas la compétence est judiciaire, dans le second elle est administrative. Il est

(1) Cons. d'Et., *The american Trading Company*, Leb., p. 400, 1^{re} esp.
— Solution identique à celle du 23 décembre 1921 : *Sté générale d'armements*, Leb., p. 1109.

(2) *Sté « les Affréteurs Réunis »*, Leb., p. 498.

inutile d'insister davantage sur l'opposition qui existe entre la réalité juridique et l'opinion de M. Duguit. Le « but de service public » poursuivi par un contrat est suffisant pour lui conférer nécessairement le caractère administratif. En l'état actuel de la jurisprudence il existe des contrats conclus dans un « but de service public » et qui relèvent néanmoins de la compétence des tribunaux judiciaires. Toutes les juridictions ont été ainsi amenées à reconnaître que l'existence d'un service public est une condition nécessaire mais non plus suffisante de la compétence administrative. De fait, d'ailleurs, tous les arrêts de compétence rendus ces dernières années prennent soin, dans leurs attendus, de compléter les considérations tirées de l'existence d'un service public par celles qui concernent la nature et la portée du contrat litigieux.

On a voulu tirer argument de l'arrêt précité du 23 décembre 1921 (Société générale d'armements) pour infirmer cette solution. A s'en tenir, en effet, à la rigueur des termes employés par l'arrêt, il paraîtrait que quelques services publics dussent eux-mêmes entraîner pour les contrats qui s'y rattachent la compétence administrative, revêtir ces contrats du caractère administratif (1). « Considérant, dispose cet arrêt, que dans l'exploitation des services publics industriels dont il croit devoir assumer la gestion, l'Etat se trouve vis-à-vis des usagers dans la même situation qu'un entrepreneur ordinaire, à moins que la nature propre du service ou des clauses spéciales ne donnent aux accords individuels passés avec lesdits usagers le caractère de véritables contrats administratifs. » La conjonction « ou » oppose effectivement « la nature propre du service » aux « clauses spéciales » de telle sorte que l'une ou l'autre de ces deux conditions paraît suffisante pour donner naissance à un contrat administratif.

Si l'on se reporte, toutefois, aux conclusions du Commissaire du Gouvernement, M. Rivet, il est aisé de constater

(1) En ce sens J. d'AMFREVILLE, *De la répartition des compétences en matière de contrats passés par l'administration*, p. 87.

qu'il s'agit, en l'espèce, d'un simple défaut de rédaction et non de l'affirmation d'un principe. Dans ses conclusions, dont l'arrêt consacre en définitive la solution, M. Rivet expose, en effet, que l'élément de service public rencontré dans le contrat litigieux n'est pas déterminant, ne suffit pas à faire naître un contrat administratif : « Le fait que l'intérêt général — intérêt général sérieux, impératif même, nous le reconnaissons volontiers — a pu inspirer la création du service des assurances maritimes d'Etat, est sans influence *en soi*, sur la question de compétence. » S'il en est ainsi c'est donc bien, en définitive, que « la nature propre du service » ne suffit pas, comme semble le dire l'arrêt, à donner aux accords de volontés conclus en vue d'un tel service le caractère de contrats administratifs.

L'arrêt ne confère pas, d'ailleurs, ce caractère administratif à tous les contrats conclus en vue de l'exécution du service public. Il limite cet effet « aux accords individuels passés avec les usagers » du service. Les contrats conclus avec des tiers en vue de l'exécution du service ne seraient donc point nécessairement des contrats administratifs.

Ainsi, en définitive, il demeure bien établi que le but de service public poursuivi dans l'exécution d'un contrat ne suffit pas à conférer à ce contrat le caractère administratif. Cette condition nous le verrons, est évidemment nécessaire mais elle n'est pas suffisante. Elle ne saurait, dès lors, constituer un critérium efficace pour la discrimination des contrats administratifs.

b) THÉORIE DE M. HAURIU

On chercherait vainement dans les travaux de M. Hauriou un exposé systématique des questions soulevées par l'existence des contrats administratifs. Il faut relever, cependant, quelques indications formulées à propos du plus important des contrats administratifs : le marché de fournitures. D'après cet auteur, les marchés de fournitures sont des contrats par lesquels les administrations publiques

se procurent, par l'intermédiaire d'entrepreneurs, les biens et services dont elles ont besoin « le tout par une opération qui s'analyse en une vente ou qui, si elle s'analyse en un louage d'ouvrage, n'a pas pour résultat la création d'un ouvrage public ». Ces observations qui tendraient à assimiler la nature juridique des marchés de fournitures à celle des contrats de vente et de louage d'ouvrages sont immédiatement tempérées dans les termes suivants : « il faut qu'il y ait *contrat spécial* avec cahier des charges. Un achat au comptant n'est pas un marché de fournitures. Un transport exécuté par une compagnie de chemin de fer ou de paquebots, lorsque l'administration a usé du moyen de transport dans les mêmes conditions que le public, n'est pas un marché de fournitures (1). »

M. Jèze (2) voit une contradiction dans les deux propositions qui viennent d'être citées. D'après lui, si le marché de fournitures doit s'analyser en une vente, il doit être comme elle un contrat de droit civil. D'où vient cependant qu'il soit un contrat administratif ? Evidemment, M. Hauriou ne le dit point.

Admettons cependant avec M. Hauriou que le marché de fournitures soit une modalité du contrat de vente, qu'il en soit la transposition du domaine civil dans le domaine administratif. Il resterait encore à préciser l'élément qui permet de distinguer le passage d'un domaine dans l'autre. Il ne suffit pas d'affirmer que le marché est un contrat de vente « spécial » avec cahier des charges. Une licitation comporte généralement un cahier des charges. Il n'en résulte nullement qu'elle soit un contrat administratif. Il faut, en outre, des conditions « spéciales » qui donnent au contrat son caractère administratif. Or, c'est justement cet élément de spécialité qui n'est pas défini. La question est posée mais n'est pas résolue.

(1) HAURIOU, *Précis de droit administratif*, 10^e éd., 1921, p. 792.

(2) *Loc. cit.*, p. 300.

c) THÉORIE DE M. MARC RÉGLADE

Dans un article paru à la *Revue de Droit Public* (1), M. Marc Réglade s'est efforcé, également à propos des marchés de fournitures, d'apporter les précisions que ne donne point M. Hauriou. M. Marc Réglade a examiné un certain nombre de décisions de jurisprudence, les a classées par catégories et s'est efforcé de saisir la raison juridique qui, dans des situations à peu près analogues, aurait entraîné tantôt la compétence judiciaire, tantôt la jurisprudence administrative. Deux arrêts lui ont paru, à ce sujet, de la plus grande importance : celui du Tribunal des Conflits du 7 novembre 1922, Manon (2), — et celui du Conseil d'Etat du 9 mars 1923, Société Hellenic Transport Steamship Company (3). Le rapprochement de ces deux arrêts lui a suggéré la formule suivante :

« Lorsque l'objet de la prestation du contrat réalise directement et immédiatement un but de service public le contrat est de nature administrative et il est de la compétence des tribunaux administratifs.

« Lorsque, au contraire, l'objet de la prestation du contrat ne réalise pas directement et immédiatement un but de service public, le contrat est de nature civile ou commerciale et il est de la compétence des tribunaux judiciaires, alors même qu'il existerait dans l'esprit de l'administration un but indirect de service public, mais qu'il ne serait pas réalisé par l'objet même de la prestation du contrat. »

Dès le début de son article, on le voit, M. Marc Réglade semble poser un principe général s'appliquant à tous les contrats administratifs. L'examen des précédents de jurisprudence l'a contraint, il est vrai, à limiter la portée de son critérium aux seuls marchés de fournitures. Ainsi, l'arrêt du Conseil d'Etat du 23 décembre 1921 (4) a décidé

(1) T. XLI, p. 191.

(2) *Leb.*, p. 795.

(3) *Leb.*, p. 222.

(4) *Société générale d'armements, Leb.*, p. 1109.

que les tribunaux judiciaires étaient seuls compétents pour apprécier les conditions d'un contrat d'assurances passé entre l'Etat, organisateur d'un service public d'assurances pendant la guerre, et un particulier. Il s'agissait bien, dans cette espèce, de l'exécution même du service. D'après le critérium proposé la compétence aurait dû être administrative. M. Marc Réglade allègue que le Conseil d'Etat « a mal jugé ». Il est obligé cependant de s'incliner devant la réalité et de conclure que « cette affaire, qui ne porte pas sur un marché de fournitures, ne rentre donc pas dans son étude ».

Mais, il est aisé d'infirmar les conclusions de M. Marc Réglade en se plaçant sur le terrain même où il se croit à l'abri de toute critique. L'arrêt déjà cité du Tribunal des Conflits, relatif à l'affaire de la Compagnie d'Assurances « Le Soleil », concernait un contrat de location d'immeuble. La ville de Bernay avait donné à bail à l'Etat un bâtiment de son domaine privé. L'Etat devait y loger des troupes. La compétence judiciaire a été reconnue. M. Marc Réglade justifie cette solution par les considérations suivantes : l'objet de la prestation était seulement d'assurer la jouissance de l'immeuble à l'Etat dans les conditions ordinaires du contrat de location régi par le Code civil ; — l'Etat pouvait bien avoir en vue un but de service public, le logement des troupes, mais ce but n'était pas réalisé directement par l'objet de la prestation de la ville de Bernay ; — il a fallu un acte unilatéral de volonté de l'Etat portant affectation de l'immeuble au service ; — bref, la participation de l'immeuble à l'exécution du service a été rendue possible par la location mais elle a été réalisée par un acte distinct d'affectation. Voilà pourquoi, en dépit des motifs de l'arrêt, il y aurait eu contrat de droit commun et non marché de fournitures.

S'il fallait transposer ce raisonnement *mutatis mutandis* à tous les marchés de fournitures, la plupart de ceux qui ont donné lieu à un contentieux administratif auraient dû, en réalité, donner ouverture à un contentieux judiciaire. En effet, chaque fois qu'un Ministre a besoin de biens ou

de services il doit, hors le cas de réquisition, se les procurer par des contrats. Ces contrats ne réalisent généralement pas par eux-mêmes l'exécution d'un service. La volonté administrative doit se manifester pour utiliser les biens ou les services nouvellement acquis et les affecter à l'exécution d'un service public déterminé. Voici, par exemple, un marché portant sur la fourniture de baraques Adrian. Cette fourniture est demandée par le Ministre de la Guerre pour les besoins de ses services, en l'espèce, le logement des troupes. La fourniture ne réalise nullement par elle-même le service public. La situation est identique à celle qui résultait de la location de l'immeuble de la ville de Bernay. Il faut que le Ministre affecte les baraques au cantonnement des troupes. Dans cette espèce, cependant le Conseil d'Etat n'a pas hésité un instant à reconnaître sa compétence (1). Il existe donc des marchés de fournitures dont « l'objet de la prestation du contrat ne réalise pas directement et immédiatement un but de service public » et qui, cependant, relèvent de la compétence des tribunaux administratifs, constituent des contrats administratifs.

A l'inverse, il est possible de relever certains arrêts du Conseil d'Etat où la prestation contractuelle réalisait directement un but de service public et où le contrat n'a pas été considéré, cependant, comme un contrat administratif. Ces arrêts sont moins nombreux, il est vrai, que ceux envisagés au cas précédent. La participation à l'exécution directe du service conduit bien souvent, en effet, à adopter tous les modes d'exécution des services publics eux-mêmes. La compétence est, de ce fait, la plupart du temps administrative. Citons, cependant, en sens contraire et à titre d'exemple un arrêt du 9 janvier 1925 (2). Il s'agissait d'un contrat de transport conclu entre un armateur et le « Sous-Secrétaire d'Etat des transports maritimes et de la marine marchande ». Le sieur Gallusser s'était engagé

(1) Cons. d'Et., 5 janvier 1924, *Olivier et Desbordes, Leb.*, p. 19.

(2) Cons. d'Et., 9 janv. 1925, *Gallusser c/ Sous-Secr. d'Etat, Leb.*, p. 28.

à mettre partiellement à la disposition de l'administration le navire *Taikosan-Maru* pour un transport de riz ou pour un transport d'indigènes et de riz, de Saïgon à Marseille, dans les conditions indiquées par deux lettres du Ministre de la guerre. Il s'agissait effectivement de l'exécution directe d'un service public de transport dévolu au « Sous-Secrétaire des transports maritimes et de la marine marchande ». Le Conseil d'Etat a cependant décidé qu'il s'agissait d'un contrat de droit commun et que la compétence était judiciaire.

Le critérium tiré de la participation à l'exécution d'un service public est, en définitive, doublement inexact. D'une part, certains contrats peuvent être administratifs sans qu'il y ait effectivement participation au service ; — d'autre part, il existe des contrats qui associent leurs titulaires à l'exécution directe du service et qui ne sont pas pour autant des contrats administratifs.

Au surplus un tel critérium n'apporterait pas de grandes précisions au difficile problème des contrats administratifs. Quand y aura-t-il ou n'y aura-t-il pas réalisation directe d'un but de service public ? M. Marc Réglade ne le dit pas. Il serait peu aisé, d'ailleurs, de le définir. Envisageons, par exemple, une fourniture de voitures automobiles pour le service de l'artillerie. Les unes, d'un type commercial, doivent être utilisées pour le transport des officiers, les autres, d'un modèle particulier seront adaptées aux transports et à la traction. Faudra-t-il établir une distinction entre ces deux catégories de voitures ? Dira-t-on que celles-ci, par leur nature, se rattachent directement au service de l'artillerie alors que celles-là peuvent être affectées à des usages publics ou privés et ne réalisent pas ainsi directement un but de service public ? On peut être ainsi entraîné dans des distinctions subtiles. En sorte qu'en définitive le critérium proposé est objectivement inexact et présenterait encore, s'il était fondé, bien des obscurités.

d) THÉORIE DU PRÉSIDENT LABBÉ

Dans son discours de rentrée (1) du 13 décembre 1923, le Président de l'Ordre des Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation a esquissé une théorie des contrats administratifs tirée de la forme de ces contrats. M. Labbé retrace, dans ce discours, l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat au regard des questions de compétence. A la fin de son historique, il fait état de la jurisprudence la plus récente d'après laquelle « quand l'Etat agit comme un particulier, dans les mêmes conditions qu'un industriel ou un commerçant ordinaire, il reste soumis, comme les particuliers, aux tribunaux de droit commun. La compétence n'est administrative que dans le cas où le contrat peut être considéré, à raison des clauses exceptionnelles qu'il contient, comme une convention que, seule, une personne publique peut passer, s'il existe, par exemple, une référence aux clauses et conditions générales des marchés de l'Etat. »

M. Labbé voit dans ces principes l'adoption d'un critérium uniquement fondé sur des considérations de forme. Cette interprétation se manifeste très clairement dans les critiques qu'il formule contre ce prétendu critérium. « En faisant dépendre, dit-il, la compétence de la juridiction administrative de la *forme* des actes plus que de leur objet et de leur nature propre, la jurisprudence s'attache à une raison de décider qui est contraire à un principe général du droit, applicable de toute évidence aussi bien en droit public qu'en droit privé ; la qualification d'un contrat tient non à la forme que les parties lui ont donnée, mais à sa substance ; la compétence est fixée par le caractère de la convention, non par l'apparence qu'elle peut avoir : une vente ne cesse pas d'être une vente parce qu'elle est faite sous la forme d'un louage ; un contrat à titre gratuit ne perd pas ce caractère parce qu'il a été fait

(1) *Loc. cit.*, p. 18.

sous la forme d'un contrat à titre onéreux ; il ne saurait en être autrement en droit public. »

Le nouveau critérium ainsi proposé est encore inexact. Il se heurte également à des décisions de jurisprudence de sens contraire. Citons simplement l'arrêt rendu le 3 juillet 1925 dans l'affaire de Mestral (1). Il s'agissait d'un contrat conclu avec le Préfet de la Seine au profit du service de l'Assistance publique. M. de Mestral avait pris à bail, le 4 novembre 1909, le domaine de Ben Chicao et avait été nommé en même temps directeur de l'école de Roudil, annexée au domaine. En 1923 deux arrêtés du Préfet de la Seine ont révoqué M. de Mestral de ses fonctions et résilié le bail. M. de Mestral a attaqué ces deux décisions devant le Conseil d'Etat. Une question de compétence a surgi aussitôt. Le Conseil d'Etat l'a tranchée dans le sens de la compétence administrative. Les motifs qu'il en donne sont les suivants : la convention litigieuse « comporte, notamment par les pouvoirs généraux qu'elle confère au directeur sur l'instruction et la discipline, par la surveillance administrative à laquelle elle le soumet et par le droit de résiliation exceptionnel qu'elle reconnaît au Préfet de la Seine, des clauses exorbitantes du droit commun ».

Cette décision constitue un double démenti au critérium proposé. D'une part, la convention litigieuse est en tous points conforme à des conventions de droit privé ; d'autre part, les motifs invoqués sont tirés de considérations de fond et non de forme. En effet, la convention était constituée par la juxtaposition de deux contrats. Dans un premier contrat, M. de Mestral avait pris à bail le domaine de Ben Chicao de la même façon qu'il aurait pris à bail tout autre domaine. Le bail est un type bien défini, il constitue une catégorie juridique prévue et réglée par le Code civil. Au point de vue formel rien ne pouvait entraîner la compétence administrative. De même pour la nomination de M. de Mestral comme directeur de l'école. Dans ses con-

(1) *Leb.*, p. 639.

clusions, M. le Commissaire du Gouvernement Cahen-Salvador montrait que rien, dans les formes du contrat intervenu, ne distinguait le directeur d'un directeur d'établissement privé rémunéré d'après le nombre des enfants en pension. M. de Mestral pouvait encore être comparé au paysan qui accepte la garde d'un ou plusieurs enfants de l'assistance publique. Bref, M. de Mestral n'était pas un fonctionnaire et son contrat ne revêtait aucune « forme » particulière. Ainsi les deux contrats signés par M. de Mestral étaient, du point de vue formel, absolument analogues à ceux qu'auraient pu passer entre elles deux personnes du droit privé.

Il en a été de même des motifs retenus par le Conseil d'Etat à l'appui de sa décision. Ceux-ci sont uniquement fondés sur des considérations de fond : pouvoirs généraux conférés au directeur, droit exceptionnel de résiliation reconnu au Préfet de la Seine... Ces conditions de fond ont, seules, déterminé la solution rendue du chef de la compétence. Le contrat qui liait M. de Mestral a été déclaré administratif uniquement à raison de ces clauses, à l'exclusion de toute considération tirée de la forme du contrat. La connaissance du bail a été retenue à raison de sa connexité avec l'acte de nomination. En définitive, ce sont des considérations de fond qui ont dicté la décision du Conseil d'Etat.

D'autres objections auraient pu être opposées à la solution dégagée par M. Labbé si ce dernier ne les avait lui-même formulées. « Prétendre, écrit-il, qu'un contrat n'est administratif que s'il contient des clauses dérogatoires au droit commun, n'est-ce pas s'attacher à des mots et n'est-ce pas oublier que les stipulations retenues par la jurisprudence avec cette qualification sont insérées de manière usuelle dans les contrats de droit privé et ne peuvent avoir, par suite, la portée qu'on leur donne ? Clause dérogatoire, la rédaction d'un cahier des charges ; les compagnies de chemins de fer, les sociétés industrielles, même les particuliers qui ont à faire exécuter les travaux y ont fréquemment recours ; clauses dérogatoires, la résiliation

par la volonté du maître, l'application de pénalités, l'institution de commissions de réception, le refus et le remplacement des objets à livrer, comme il est prévu dans les conditions générales des marchés de l'Etat ; mais ces clauses se rencontrent, elles aussi, dans les conventions » qui viennent d'être citées.

Bref, il est suffisamment avéré que la forme n'est pas et ne peut être le critérium auquel on reconnaît un contrat administratif. Il ne correspond nullement à la réalité juridique.

e) THÉORIE DE M. JÈZE

M. le professeur Jèze a étudié d'une façon toute particulière les contrats administratifs. Connaissant mieux la question il n'a pas cru pouvoir dégager un « critérium » auquel on distinguerait infailliblement un contrat de droit privé d'un contrat de droit public. Il a proposé quatre conditions dont la réunion conduirait à conclure qu'il y a *contrat administratif proprement dit*. Ces conditions sont les suivantes (1) :

1° Il faut un accord de volontés entre l'administration et un particulier ;

2° L'accord de volontés a pour objet la création d'une *obligation juridique de prestation de choses matérielles ou de services personnels moyennant une rémunération (en argent ou autrement)* ;

3° La prestation à fournir par l'individu est destinée à assurer le *fonctionnement d'un service public* ;

4° Les parties, par une clause expresse, par la forme même donnée au contrat, par le genre de coopération demandée au contractant, ou par toute autre manifestation de volonté, ont entendu se soumettre au régime spécial du droit public. D'une part, *l'administration a voulu ce régime juridique spécial*. D'autre part, le fournisseur, *en se soumettant*

(1) JÈZE, *Principes généraux du droit administratif* : le fonctionnement des services publics, 1926, p. 307.

volontairement à ce régime spécial, a renoncé à se prévaloir des règles du droit privé pour la détermination de sa situation juridique (droits et obligations).

La dernière condition, telle qu'elle est formulée, appelle quelques réserves. Il ne suffit pas que l'administration ait voulu le régime juridique spécial au droit public. Il faut, en outre, que ce régime juridique ait été effectivement adopté par le contrat. Si l'administration a conclu un contrat de pur droit privé et si elle a manifesté la volonté de se soumettre au régime du droit public, le régime du droit privé n'en sera pas moins applicable. La compétence demeurera judiciaire. Inversement, si l'administration a souscrit un contrat de droit public et si elle a stipulé la compétence judiciaire, cette clause n'aura aucun effet : la compétence demeurera administrative.

A l'appui de son affirmation, M. Jèze cite un arrêt du Conseil d'Etat du 19 juin 1918 (1). Un article du marché passé par l'Etat avec la société prévoyait que toutes les contestations seraient jugées administrativement. « Si cette dernière clause ne pouvait être par elle-même attributive de compétence, a décidé le Conseil d'Etat, elle n'en a pas moins pour effet d'indiquer la commune intention des parties en ce qui concerne le caractère de la convention intervenue entre elles. La dite convention est, par suite, un marché administratif. »

En fait, l'argument tiré de la clause attributive de compétence n'est d'aucune valeur probante. Il s'agissait, dans l'espèce invoquée, d'une simple indication complétée par des arguments autrement décisifs et qui donnent à l'arrêt toute sa valeur. Le Conseil d'Etat a d'ailleurs pris soin d'indiquer que cette clause « ne pouvait être par elle-même attributive de compétence ». Quelques décisions d'ailleurs avaient déjà été rendues en ce sens. En voici des exemples.

Un litige s'était élevé entre un usager du gaz et la com-

(1) *Sté des voiliers français, Leb.*, p. 597.

pagnie de distribution. L'usager avait cité la compagnie devant le Conseil de préfecture. Il invoquait l'article du contrat attribuant compétence à la juridiction administrative. Le Conseil de préfecture s'est déclaré compétent. Le Conseil d'Etat a annulé cette décision. Il a décidé que la clause invoquée n'avait aucune portée juridique. La volonté des parties ne pouvait prévaloir sur les principes d'ordre public qui attribuent à chaque ordre de juridiction les litiges qui ressortissent à chacun d'eux (1).

Il s'agissait, dans l'espèce précédente, d'un contrat entre un particulier et un concessionnaire. Voici un exemple plus topique où l'une des parties contractantes est une Colonie (2). La Société « La grande île » avait obtenu une concession de terres à Madagascar. Un cahier des charges était annexé à l'acte de concession. Un décret avait sanctionné les accords intervenus. A la suite de difficultés un procès est engagé. Il est porté devant le Conseil d'Etat. La Société concessionnaire soutient que « par application de l'article 8 de son cahier des charges, approuvé par le décret du 10 mai 1902, les contestations qui peuvent s'élever entre elle et le gouverneur général au sujet de l'attribution des lots de terrain qu'elle réclame doivent être réglées par le Ministre, sauf recours au Conseil d'Etat ». Ce dernier ne recherche point quelle a pu être la commune intention des parties. Bien que l'administration ait voulu la compétence du Conseil d'Etat, bien que le concessionnaire se soit volontairement soumis à cette juridiction, la compétence du Conseil du contentieux administratif est affirmée d'une façon préemptoire : « il n'appartient pas aux parties de déroger aux règles de compétence établies par la loi ».

Vainement encore on objecterait que le Conseil d'Etat est une juridiction administrative au même titre que les conseils du contentieux fonctionnant aux colonies, — que le contrat porté devant l'une ou l'autre de ces deux

(1) Cons. d'Et., 28 juillet 1916, *Sté gén. des gaz du Midi c/ Sté « la Chapellerie Montilienne »*, *Leb.*, p. 330.

(2) Cons. d'Et., 6 juillet 1917, *Sté « La grande-île »*, *Leb.*, p. 544.

juridictions demeure un contrat administratif, — que, dans ces conditions, la volonté des parties a déterminé la naissance d'un contentieux administratif. Les arrêts du Conseil d'Etat nous fournissent d'autres exemples où le contentieux a été déclaré judiciaire bien que la convention intervenue entre l'Etat et un particulier ait prévu la compétence de la juridiction administrative (1).

Ainsi, il est avéré que la compétence dépend uniquement de la nature du contrat et non de la volonté des parties. La simple logique juridique commandait cette solution. La question des compétences est d'ordre public. Il est bien évident que les conventions particulières ne peuvent y porter atteinte.

Si, au quatrième indice proposé par M. Jèze comme critérium, on supprime cette question de choix d'un régime juridique spécial, il reste bien peu de choses pour guider utilement le plaideur dans le dédale des juridictions. Les deux premiers indices retenus constituent simplement les conditions requises pour qu'il y ait contrat. Rien, dans ces deux conditions, n'est destiné à révéler le caractère administratif d'une opération contractuelle.

La troisième condition est évidemment nécessaire à l'existence de tout contrat administratif. Tout le monde est d'accord pour reconnaître cette nécessité. Elle dérive de cette conception très simple que le fond du droit administratif est la gestion des services publics. Toutefois, nous l'avons vu, une telle condition est insuffisante. Il existe des contrats conclus dans un but de service public et qui demeurent néanmoins des contrats de droit privé. Ce troisième indice n'est donc pas révélateur par lui-même des contrats qui échappent à la juridiction des tribunaux judiciaires.

Reste le quatrième indice réduit à cette simple condition : « les parties, par une clause expresse, par la forme même donnée au contrat, par le genre de coopération demandée

(1) Voir par ex. : Cons. d'Et., 11 mars 1925, *Cie des Messageries maritimes* c/ Min. de la Marine, Leb., p. 258.

au contractant ou par toute autre manifestation de volonté » se sont soumises « au régime du droit public ». Quelles sont ces clauses expresses, ces formes de contrat, ces genres de coopération et toutes ces autres manifestations de volontés engendrant le régime du droit public ? M. Jèze ne le dit pas. Là où apparaît le point sensible, celui sur lequel un critérium devrait apporter la lumière, la définition, se dérobe, les expressions deviennent vagues et incertaines, le signe auquel le contrat administratif devait se révéler ne nous est point indiqué.

§ II. Impossibilité de dégager un critérium exact des contrats administratifs. — Méthode à employer à leur égard

L'examen des diverses opinions émises sur les contrats administratifs nous amène à cette conclusion : ou bien les auteurs ont donné à leur pensée un sens précis, en ce cas ils sont tombés dans l'erreur et se sont mis en contradiction avec la jurisprudence, — ou bien, leurs conclusions ne sont point inexactes, mais alors elles n'embrassent point la réalité juridique en des formules lapidaires, en des critères précis.

La conclusion à laquelle il faut aboutir est la suivante. Tous les efforts tentés pour dégager les caractères distinctifs des contrats administratifs, pour les insérer en une formule, ont échoué. Cet échec était inévitable. En effet, un contrat administratif est, par essence, celui qui met en jeu les principes et les règles du droit administratif. Ces principes et ces règles sont très nombreux. Leur importance s'accroît avec celle du droit administratif. Il n'est pas possible de dégager en une formule unique les caractères de tous les contrats conclus dans ce vaste domaine.

Il en est des contrats administratifs comme des contrats de droit privé. Pour ces derniers, en effet, aucun critérium non plus n'a été proposé. Les auteurs de droit privé ont pu critiquer l'incertitude des frontières du droit administratif.

Ils auraient dû se souvenir cependant qu'une difficulté de compétence met aux prises deux juridictions. Il suffit que la compétence de l'une soit définie pour que celle de l'autre le soit du même coup. S'il était détestable que les contrats administratifs ne puissent être définis, peut-être ne l'était-il pas moins que les contrats de droit privé ne le soient pas non plus.

En fait, personne n'a jamais songé à réaliser cette gageure. Elle ne l'a pas été d'ailleurs dans des domaines beaucoup plus restreints : celui des actes de commerce, par exemple, qui présente un intérêt au sujet de la compétence respective des tribunaux judiciaires et des tribunaux con-sulaires.

Enregistrons, à ce propos, l'aveu de MM. Lyon-Caen et Renault (1) d'après lequel « il n'existe pas de caractère distinctif commun » qui puisse fixer les parties sur le caractère légal d'un acte de commerce. La seule méthode qui ait donné un résultat est la méthode analytique. Les essais de synthèse ont été dépourvus de toute portée juridique.

La même conclusion s'impose au regard des contrats administratifs. Un grand nombre d'entre eux ont leurs caractères spécifiques nettement déterminés. Il convient d'abord d'énumérer ces contrats. Les difficultés de compétence n'existent plus à leur sujet.

Cette élimination une fois faite, reste un certain nombre de contrats innommés se rapprochant plus ou moins des types définis soit des contrats administratifs, soit des contrats judiciaires. Ce sont les contrats situés à la limite des deux contentieux. Ils présentent seuls de réelles difficultés.

Le nombre de litiges auxquels ils ont donné naissance permet aujourd'hui de dégager un certain nombre de signes distinctifs auxquels il est possible de reconnaître leur nature. Ces signes ne sont pas absolument déterminants. Toutefois, se manifestant à propos de contrats à l'égard desquels existe une incertitude, leur existence ou leur

(1) *Manuel de dr. comm.*, 12^e éd., p. 27.

absence déterminera le plus souvent la nature desdits contrats.

Dans les chapitres qui vont suivre nous nous proposons d'étudier sommairement quelques contrats type qui ne présentent, au point de vue de la compétence, aucune difficulté. Il s'agit là de contrats visés par des textes spéciaux ou encore de contrats au regard desquels la jurisprudence a dégagé des règles précises. Nous aborderons ensuite les contrats administratifs innommés qui présentent, au point de vue de la spécification de leur caractère, les plus grandes difficultés.

Ce que nous avons voulu marquer simplement jusqu'ici, au sujet de ces derniers contrats, c'est l'inexistence d'une solution paresseuse permettant de résoudre les questions les plus délicates du droit administratif sans connaître aucun des principes et des règles de ce droit. L'ambition que certains avaient nourrie à cet égard doit être désormais tenue pour vaine. Une connaissance réelle de la jurisprudence du Conseil d'Etat et des principes qu'elle pose est absolument nécessaire à tous ceux qui entendent résoudre les questions de compétence et conseiller utilement les plaideurs dans le domaine contractuel.

CHAPITRE III

LES CONTRATS ADMINISTRATIFS BIEN DÉFINIS

SOMMAIRE. — § I. Classification de M. Laferrière. — § II. Gestion publique et gestion privée. — § III. Contrats relatifs au domaine privé : *a)* généralités ; *b)* baux des sources minérales ; *c)* baux d'octrois et de taxes communales. — § IV. Textes imposant la compétence judiciaire : *a)* service des ordinaires dans les corps de troupe ; *b)* assistance médicale gratuite. — § V. Actes administratifs annexés aux contrats. Théorie des questions préjudicielles. — § VI. Contrats mixtes. Rapprochement avec la théorie de la responsabilité. — § VII. Textes imposant la compétence administrative. — § VIII. Les travaux publics : *a)* définition des travaux publics ; leur domaine extensif ; *b)* caractère attractif de la théorie des travaux publics ; *c)* offres de concours ; *d)* concessions de travaux publics ; *e)* bacs et passages d'eau ; *f)* conclusion. — § IX. Les contrats de services personnels : *a)* contrats de fonctions publiques ; *b)* engagements militaires ; *c)* contrats de louage de services ; *d)* situations particulières (agents de la Banque de France, des chemins de fer de l'État, etc...). — § X. Marchés de fournitures. — § XI. Contrats relatifs aux finances publiques. — § XII. Les quasi-contrats. — § XIII. Contrats donnant lieu à application de la théorie des actes de gouvernement. — § XIV. Contrats conclus à l'occasion de réquisitions. — § XV. Conclusions.

Il existe un certain nombre de contrats administratifs bien définis pour lesquels les difficultés de compétence n'excèdent pas l'aléa ordinaire de toutes les questions de droit. Ces contrats sont généralement réglés par des textes spéciaux. Il s'agit alors moins de principes que d'interpré-

tations de textes. A cet égard les précédents de jurisprudence abondent. Les commentaires de la doctrine sont nombreux, des spécialistes se sont attachés à chacune de ces catégories juridiques bien définies. Il suffit de se reporter à ces études particulières.

L'objet de cette étude n'est pas tel ou tel de ces contrats. Il ne peut être ici question que d'un simple résumé toujours imparfait et incomplet. Quelques indications plus précises seront apportées, cependant, à propos de quelques contrats ayant un rapport plus direct avec le problème de la limite des compétences.

§ I. Classification de M. Laferrière

Dans son *Traité de la juridiction administrative* (1), M. Laferrière distinguait trois catégories de contrats : 1^o ceux conclus pour la gestion du domaine privé de l'Etat et qui relèvent, sauf exception légale, des tribunaux judiciaires ; — 2^o ceux conclus pour la gestion des services publics, soumis aux mêmes règles que les précédents, avec des exceptions simplement plus nombreuses ; — 3^o enfin, les contrats conclus par l'administration agissant comme puissance publique et pour lesquels la compétence est administrative de plein droit.

Cette classification est fondée sur la théorie aujourd'hui désuète des actes d'autorité et de gestion. La classification logique imposée par la jurisprudence actuelle du Conseil d'Etat est plus simple. Il faut distinguer seulement deux catégories de contrats : ceux qui relèvent de la gestion privée et ceux qui relèvent de la gestion publique.

§ II. Gestion publique et gestion privée

Il y a gestion privée lorsque l'administration recourt aux principes et aux règles du droit civil, emploie les formes de contrats propres au droit civil, contracte de la même façon

(1) 2^e éd., t. I, p. 587.

et d'après les mêmes modes que les particuliers en relations d'affaires. En ce cas la compétence est, en principe, judiciaire. Elle devient administrative dans les seules hypothèses où un texte est venu imposer la compétence administrative.

Il y a gestion publique lorsque l'administration recourt aux modalités d'exécution, aux contrats-type en vigueur uniquement en droit public. En ce cas la compétence est administrative. Il s'agit proprement de contrats administratifs par opposition aux contrats de droit privé.

Il semblerait, dès lors, que la répartition des compétences dût se faire sans difficultés : aux tribunaux judiciaires les contrats de droit civil, aux tribunaux administratifs les contrats administratifs. Cela est exact pour quelques contrats qui n'ont point leur équivalent dans les deux branches du droit. Mais, dans la plupart des hypothèses, les deux types de contrats existent à la fois en droit public et en droit privé. Il y a des besoins identiques dans ces deux branches du droit : besoins de personnel, de matériel, de services... Il faut les satisfaire à l'aide de contrats qui, pour n'être pas régis par les mêmes textes et les mêmes principes, présentent néanmoins les mêmes caractéristiques générales. Parfois leurs noms sont identiques, parfois ils sont différents. Même en ce dernier cas les confusions sont possibles ; c'est ainsi, par exemple, que le contrat de travail public correspond en son essence au contrat d'entreprise par devis et marché (art. 1787 Code civil).

La correspondance qui s'établit ainsi entre le droit public et le droit privé est une source d'erreurs au sujet des compétences. Ces erreurs sont plus nombreuses au regard des contrats qui sont le moins différenciés, des espèces qui forment les cas limites. Elles sont plus nombreuses surtout lorsque les formes des deux catégories de contrats sont moins affirmées, dans le domaine administratif notamment, — lorsque les réglementations sont peu précises, parfois inexistantes, — lorsque la jurisprudence a fourni des interprétations divergentes.

Avant d'aborder l'examen direct de ces situations déli-

cates, il importe de donner quelques indications sur les contrats qui, actuellement, se présentent avec un caractère plus accusé. Des questions difficiles se posent évidemment pour quelques-uns d'entre eux. Ce sera une nouvelle occasion de voir que le problème des compétences ne saurait se résoudre par une formule générale donnant la clef de toutes les difficultés. Celles-ci doivent se résoudre, tout d'abord, au regard de chaque contrat particulier. C'est seulement dans la mesure où les solutions particulières sont insuffisantes, laissent un doute, qu'il convient alors, mais alors seulement, de faire appel aux idées générales dégagées de l'ensemble des décisions administratives. L'indication de ces principes fera l'objet du chapitre suivant.

§ III. Contrats relatifs au domaine privé

Au nombre des contrats de droit privé conclus par l'administration et relevant des tribunaux judiciaires il faut placer d'abord les contrats relatifs à la gestion du domaine privé. Ne relèvent des tribunaux administratifs, nous l'avons vu, que les litiges nés à l'occasion d'un service public. La condition primordiale pour qu'il y ait compétence administrative fait défaut.

a) GÉNÉRALITÉS

Qu'il s'agisse du domaine privé de l'Etat ou de celui des départements ou des communes, peu importe, la compétence demeure judiciaire. Tel est le cas, par exemple, des adjudications de coupes dans les forêts (1), les baux de chasse ou de pêche et tous autres contrats tels qu'ils sont définis et réglés par le Code Civil. La Cour de Cassation pose à cet égard un principe général : « si l'autorité judiciaire est incompétente pour connaître des actes administratifs, il

(1) Confl., 26 juill. 1911, *Souveyron c/ l'Etat, Leb.*, p. 878, avec la réserve plus loin développée des questions préjudicielles.

lui appartient de statuer sur les difficultés que peut soulever l'interprétation ou l'exécution des conventions de droit commun intervenues entre l'Etat et un particulier ». Ce même arrêt a soin de spécifier « qu'il en est ainsi même quand ces conventions ont été passées dans la forme administrative (1) ». On entend par « forme administrative » la faculté qui appartient à l'administration de se délivrer à elle-même des actes jouissant de l'authenticité avec toutes ses conséquences.

De même, les contrats de droit commun revêtus d'une approbation administrative conservent leur caractère. Il existe en ce sens une jurisprudence très ferme du Tribunal des Conflits (2). Les seules difficultés qui peuvent relever des tribunaux administratifs concernent les actes accessoires : délibérations, approbations, autorisations... Le fond, ainsi qu'on le verra, relève toujours des tribunaux judiciaires.

b) BAUX DES SOURCES MINÉRALES

Certains contrats, cependant, touchent à la gestion du domaine privé et relèvent cependant des tribunaux administratifs. En ce cas un texte spécial a soustrait leur connaissance aux tribunaux judiciaires. Telle est, ou plus exactement, telle a été la situation des baux de sources minérales appartenant à l'Etat. L'arrêté des consuls du 3 floréal an VIII (art. 1 et 2) avait stipulé la compétence du Conseil de préfecture. Seuls les baux des sources appartenant aux départements et aux communes relevaient des tribunaux civils (3).

Cette différence de compétences, née de l'arrêté de l'an VIII, a en grande partie disparu. Un arrêt du Conseil d'Etat du 8 août 1921 (4) a unifié presque entièrement les

(1) Civ. Cass., 7 mars 1904, *Hern c/ Min. des Colonies*, D. P., 1904. 1. 144.

(2) Voir par ex. 8 nov. 1902, *Sieur Faillette c/ Chardin et Comm. de Charpentry*, *Leb.*, p. 645.

(3) Cons. d'Et., 8 août 1921, *Sieur Luiggi*, *Leb.*, p. 865.

(4) En ce qui concerne les baux des sources d'Etat, la compétence cesse d'être administrative lorsque l'Etat n'est plus en cause ; voir, par exemple, Cons. d'Et., 11 nov. 1910, *Bernard frères*, *Leb.*, p. 778.

règles de compétence au regard de toutes les sources. La seule distinction qui demeure est la suivante : lorsqu'il s'agit d'une source d'Etat le litige est toujours porté devant le Conseil de préfecture, — lorsqu'il s'agit d'une source d'une autre personne morale administrative, le bail est désormais considéré comme une concession. A ce titre le Conseil de préfecture est compétent s'il y a exécution de travaux, sinon le litige est porté directement devant le Conseil d'Etat, juge de droit commun pour toutes les concessions de service public *stricto sensu*. Dans tous les cas la compétence est administrative. L'effet du texte dérogatoire a été, en l'espèce, rendu presque insensible à raison de l'interprétation nouvelle apportée à une situation préexistante.

c) BAUX D'OCTROIS ET DE TAXES COMMUNALES

Il n'en a pas été de même pour les baux d'octroi. L'article 136 du décret du 17 mai 1809 a créé à leur sujet une compétence mixte. Ce régime particulier a été étendu à la ferme des autres taxes communales : taxes d'abattoirs, droits à percevoir dans les halles et marchés, etc... La jurisprudence a assimilé, en effet, ces différentes taxes aux droits d'octroi ; elle s'est fondée sur les différents textes qui attribuent compétence aux tribunaux judiciaires pour le contentieux des contributions indirectes. Au sujet de ces différentes taxes la compétence est judiciaire en tout ce qui touche le contentieux du contrat proprement dit (exécution, résiliation, indemnités...). Elle est administrative quant à l'interprétation du contrat. D'après le décret de 1809, en effet, il appartient uniquement aux Conseils de préfecture de déterminer « le sens des baux ».

M. Laferrière a critiqué cette dualité de compétences. « On comprend difficilement, écrit-il, que l'autorité judiciaire, compétente pour prononcer une résiliation, pour allouer des indemnités à raison de l'inexécution de ce contrat, soit obligée de demander à la justice administra-

tive l'interprétation de ce même contrat (1). » Cependant, la jurisprudence a toujours considéré et considère encore les dispositions du décret du 17 mai 1809 comme impératives. De récents arrêts tant du Conseil d'Etat que de la Cour de Cassation en ont à nouveau consacré l'application (2).

§ IV. Textes imposant la compétence judiciaire

a) SERVICE DES ORDINAIRES DANS LES CORPS DE TROUPES

Plusieurs autres textes réservent encore la compétence des tribunaux judiciaires. Tel est, par exemple, le cas des contrats passés par le service des ordinaires dans les corps de troupes. L'article 59 du décret du 22 avril 1905 dispose que les contestations auxquelles peut donner lieu l'exécution de ces contrats sont de la compétence des tribunaux judiciaires (3).

b) ASSISTANCE MÉDICALE GRATUITE

La loi du 15 juillet 1893 impose la compétence des tribunaux administratifs pour tous les litiges qui naîtraient du fonctionnement du service d'assistance médicale gratuite. Toutefois son article 25 dispose expressément qu'il n'est pas dérogé à l'article 1^{er} de la loi du 7 août 1851. Par suite, « les tribunaux judiciaires sont compétents pour juger les contestations qui s'élèvent entre les hôpitaux et les personnes qui y sont admises à tout autre titre que celui d'indigents privés de ressources régis par la loi du 15 juillet 1893 ». Il appartient notamment « aux tribunaux civils d'appliquer et d'interpréter les conventions en vertu desquelles les ouvriers victimes d'acci-

(1) LAFERRIÈRE, *op. cit.*, t. I, p. 595.

(2) Civ. Cass., *Trassard c/ Percepteur de Légé*, 29 déc. 1924, *D. H.*, 1925, p. 82. — Cons. d'Et., 27 mars 1925, *Comm. de Sainte-Mère-l'Eglise, Leb.*, p. 321.

(3) Cons. d'Et., 25 avril 1913, *Chayriguès c/ Min. de la Guerre, Leb.*, p. 471.

dents du travail sont reçus dans les hôpitaux », lorsqu'ils y sont soignés pour le compte et aux frais des chefs d'entreprises ou des compagnies d'assurances (1).

§ V. Actes administratifs annexés aux contrats. —
Théorie des questions préjudicielles

La plupart des contrats conclus avec l'administration, et relevant ainsi des tribunaux judiciaires en vertu d'un texte spécial, sont cependant l'occasion de litiges devant les tribunaux administratifs. Du moment où l'administration est partie à un contrat il faut, la plupart du temps, une double intervention. Suivant le principe déjà rappelé, il existe des corps délibérants qui décident, prennent des délibérations, et des agents qui exécutent. En outre, le contrôle administratif, l'exercice du pouvoir de tutelle exigent des interventions constantes des autorités supérieures, des approbations. Les contrats de toutes natures conclus par l'administration, sont aussi accompagnés d'un certain nombre d'actes accessoires émanés de personnalités administratives et susceptibles, eux aussi, de donner ouverture à un contentieux.

Ce contentieux est toujours administratif. Il n'affecte en rien, en effet, les règles de fond qui concernent le contrat proprement dit. Le contentieux des actes administratifs annexes demeure distinct du contentieux du contrat. Il peut cependant être lié de deux façons bien distinctes. Ou bien l'acte approbatif, la délibération qui ont autorisé la conclusion du contrat sont l'objet d'un recours direct en annulation devant le Conseil d'Etat « pour des motifs d'incompétence, de vice de forme ou de violation de la loi (2) ». En ce cas la partie qui a obtenu l'annulation de l'acte administratif nécessaire à la validité du contrat

(1) Cons. d'Et., 17 mars 1905, *Société « l'Abeille »*, *Leb.*, p. 272.

(2) Cons. d'Et., 17 déc. 1920, *Sieur Ramaroni*, *Leb.*, p. 1079.

peut s'en prévaloir devant le juge dudit contrat pour en paralyser les effets.

Ou bien, l'une des parties contractantes saisit directement le juge du contrat. Elle invoque devant lui l'absence des formes administratives requises ou leur irrégularité. Elle conclut, en conséquence, à la nullité du contrat. Les tribunaux judiciaires, compétents pour examiner les contestations que soulève le contrat au fond, ne peuvent se dessaisir. Ils ne peuvent davantage examiner la régularité des actes administratifs litigieux. La seule solution possible est de retenir le fond du débat et de renvoyer, au préalable, les parties contractantes devant le juge administratif compétent afin de faire trancher la question préjudicielle.

Un arrêt du Conseil d'Etat du 26 mars 1926 (1) offre un exemple de cette procédure. Il s'agissait d'un « contrat de location intervenu entre le département des Pyrénées Orientales et le Ministre de la Guerre, relatif au casernement de la brigade de gendarmerie de la place de Mont-Louis », et qui « dans les conditions où il avait été passé, rentrait par sa nature et ses effets, dans les contrats de droit civil dont la connaissance appartient à l'autorité judiciaire ». Une contestation s'était élevée sur le point de savoir si le Préfet avait pu signer le bail sans y être habilité par une délibération du Conseil Général et en l'absence de l'avis conforme de la commission départementale. Le tribunal civil de Prades saisi du litige avait sursis à statuer sur « la question préjudicielle de validité » du contrat de bail et renvoyé les parties à se pourvoir devant le tribunal administratif compétent. Devant le Conseil d'Etat, le département demandait un examen du contrat au fond.

Le Conseil d'Etat a rejeté ces dernières conclusions. Il a déclaré la requête du département « irrecevable comme portée devant une juridiction incompétente pour en connaître en tant qu'elle a pour objet l'interprétation des clauses du contrat de location ». Par contre, il a été décidé

(1) Cons. d'Et., 26 mars 1926, *Départ. des Pyr.-Orient., Leb.*, p. 353.

« qu'il appartient au Conseil d'Etat d'apprécier la régularité des actes administratifs en exécution desquels le contrat a été passé ».

Cet arrêt marque très nettement la distinction indiquée entre le contentieux du contrat et des actes administratifs qui s'y rattachent.

Une telle dualité de compétence peut paraître regrettable. Elle entraîne des longueurs et des délais de procédure. Elle s'oppose donc, dans une certaine mesure, à une bonne administration de la justice. A ce seul point de vue, cependant, elle est une nécessité. La répartition des compétences est fondée, comme nous le verrons, sur une simple idée de répartition du travail entre des juridictions spécialisées dans chacune des branches du droit. Il y a donc intérêt à distinguer dans un litige les questions qu'un juge est plus apte à résoudre et à lui en réserver la solution.

Le domaine des actes administratifs annexés à un contrat de droit privé n'est pas le seul où naissent les questions préjudicielles. Il s'étend à toutes les hypothèses où une situation juridique quelconque appelle l'examen successif de deux difficultés se présentant l'une sur le plan administratif, l'autre sur le plan judiciaire. Tantôt il s'agit d'une condition d'ordre administratif à laquelle est subordonnée l'exécution d'un contrat de droit civil (1) ; — tantôt il s'agit de l'interprétation d'actes administratifs anciens qui conditionnent l'exercice de droits discutés devant l'autorité judiciaire. Il en est ainsi, par exemple, des actes de vente de biens nationaux conclus sous la période révolutionnaire. Ces actes qui portent parfois sur des cessions de biens domaniaux sont tenus pour actes administratifs dans leur ensemble. Il appartient au Conseil d'Etat, juge de droit commun en matière administrative, d'en déterminer le sens et la portée (2). Bien entendu les tribunaux civils

(1) Confl., 2 août 1920, *Ville de Rennes c/ l'Etat*, *Leb.*, p. 799.

(2) Cons. d'Et., 20 juin 1913, *Comm. de Fréjus*, *Leb.*, p. 731. Voir également pour l'interprétation d'un article d'un cahier des charges : Cons. d'Et., 17 mai 1907, *Sieur Lorrain*, *Leb.*, p. 480, — pour l'interprétation d'un arrêté ministériel : Cons. d'Et., 8 août 1921, *Cie des tramways de l'Indre*, *Leb.*, p. 866, et, d'une façon générale, Cons. d'Et., 21 nov. 1924, *Lorentz et autres*, *Leb.*, p. 921.

surseoient à statuer dans les seules hypothèses où les actes administratifs ne sont pas clairs et sont susceptibles d'interprétations diverses.

Nous avons vu, par ailleurs, qu'il y avait question préjudicielle en matière d'affermage des taxes communales toutes les fois où s'élève une contestation entre la commune bailleresse et le fermier des droits « sur le sens des clauses des baux (1) ». Il y a en ce cas, comme pour les ventes de biens nationaux, assimilation des baux à des actes administratifs. En définitive, les difficultés qui se présentent sous forme de questions préjudicielles sont toujours aisées à résoudre au point de vue de la compétence. Il suffit de reconnaître si une difficulté née devant un tribunal judiciaire nécessite l'examen préalable d'actes administratifs quelconques, appelle la solution d'un problème de droit administratif. S'il est possible de statuer sans résoudre une question administrative, sans interpréter un acte administratif le tribunal doit statuer quand bien même l'une des parties exciperait d'actes administratifs dont l'examen n'est pas indispensable (2). Dans le cas contraire le tribunal doit, sans se dessaisir, surseoir jusqu'à la décision du juge administratif.

Le juge administratif, d'ailleurs, a un rôle tout à fait limité et subordonné. Il statue dans la limite des questions dont il a été compétemment saisi par le tribunal de l'ordre judiciaire. Les parties ne pourraient lui soumettre une question nouvelle, étendre la mission définie par la décision ordonnant le renvoi devant les juges administratifs (3).

Il n'a été question jusqu'ici que des questions préjudicielles portées des tribunaux judiciaires devant les tribunaux administratifs. Bien que le fait soit beaucoup plus rare, il existe également des questions préjudicielles devant être portées des tribunaux administratifs devant les tri-

(1) Confl., 22 mars 1920, *Ville de Bellême c/ Mandon*, *Leb.*, p. 312.

(2) Confl., 22 avril 1907, *Sté d'Enseign^e libre de Clermont-Ferrand c/ le séquestre du petit séminaire de cette ville*, *Leb.*, p. 363.

(3) Cons. d'Et., 20 juin 1913, précité.

bunaux judiciaires (1). Les règles juridiques sont, en ce cas, absolument identiques. Il n'en sera donc plus fait état lorsque les contrats administratifs seront examinés à leur tour.

§ VI. Contrats mixtes

A côté des contrats qui appellent une double compétence sous forme de question préjudicielle il faudrait placer les contrats mixtes. On entend par là des contrats dont les clauses, envisagées isolément, entraîneraient normalement des compétences différentes. On peut supposer, par exemple, une convention comprenant à la fois, un bail, la livraison de fournitures et l'exécution de travaux publics. Chaque contrat devra-t-il être l'objet d'une compétence distincte ou, au contraire, y aura-t-il un seul juge compétent pour les divers éléments relevant normalement de tribunaux différents ? Ira-t-on à la fois devant les tribunaux judiciaires (bail), le Conseil d'Etat (marché de fournitures de l'Etat) et le Conseil de préfecture (travaux publics) ? Si un seul de ces trois juges est compétent lequel des trois devra-t-on saisir ?

A la différence des questions préjudicielles qui présentent à juger des difficultés successives, des questions de fond après des questions de forme, le contrat mixte se présente sous l'aspect d'une simple question de fond comportant une solution immédiate et unique d'un problème à multiples aspects. A ce titre, il est pratiquement difficile d'abstraire et de grouper tous les éléments qui appelleraient une compétence distincte. Un contrat, en effet, comporte un équilibre. Cet équilibre est réalisé par l'ensemble des stipulations qu'il contient. On ne peut donc songer à isoler ces éléments les uns des autres. Ils forment un tout indivisible.

En pratique, d'ailleurs, ces contrats sont généralement

(1) Cons. d'Et., 10 mai 1907, *Fraissinet c/ l'Etat, Leb.*, p. 431.

des marchés de travaux publics associés à des marchés de fournitures ou à des baux. Nous verrons qu'à ce titre l'élément travail public l'emporte et que la compétence est celle des Conseils de préfecture. S'il s'agit, toutefois, d'un contrat mixte où n'existe aucun élément de travail public, il faut conclure encore normalement à la compétence du tribunal administratif de droit commun. L'élément administratif l'emporte, dans tous les cas, sur les éléments judiciaires.

Il a déjà été question, à un autre titre, de l'arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 3 juillet 1925 (aff. de Mestral). Deux contrats se trouvaient juxtaposés en une même convention : un bail et une nomination à des fonctions considérées comme administratives. Il s'agissait de fixer la compétence à propos d'un litige qui, mettant en jeu le renvoi de de Mestral, posait par là même la question de résiliation du bail. En fait, le Conseil d'Etat a été amené à constater « que l'affermage du domaine et la direction de l'école, réglés par le même acte qui les déclare *solidaires*, sont indivisibles ». Il a décidé, en conséquence, « que la convention du 4 novembre 1909 présente, *dans son ensemble*, le caractère d'un contrat administratif dont il appartient au Conseil d'Etat de connaître ».

Ainsi, le haut tribunal administratif n'a pas statué uniquement sur l'acte de révocation, laissant ensuite aux tribunaux le soin de prononcer sur le sort qu'il y aurait lieu de donner au bail en cours. Il a retenu l'ensemble des conventions bien que l'analyse juridique ait pu distinguer nettement parmi elles un contrat de bail relevant, par sa nature, des tribunaux judiciaires et un contrat de fonctions publiques relevant des tribunaux administratifs. Il a noté le lien d'interdépendance qui unissait ces deux contrats. Il a retenu sa propre compétence car il existait dans l'ensemble des deux contrats indivisément unis un élément administratif. Bref l'arrêt du 3 juillet 1925 a confirmé ce principe que la compétence administrative, en tant que telle, l'emporte sur la compétence judiciaire dans tous les contrats mixtes.

Rapprochement avec la théorie de la responsabilité

Il n'y a point ici, comme en d'autres points d'ailleurs, similitude absolue entre le domaine de la responsabilité et celui de la compétence administratives. La théorie de la responsabilité a fait sentir son influence sur celui des compétences. Il n'y a pas eu, cependant, fusion complète. Ces dissemblances, évidemment regrettables, tendent plutôt à s'affirmer qu'à disparaître. Par exemple, dans l'hypothèse où deux responsabilités sont en jeu, celle de l'Etat et d'un particulier, à raison d'un fait unique et indivisible, chaque responsabilité est examinée par un tribunal différent. Tel est le cas d'un accident dû à la collision de deux véhicules appartenant l'un à l'Etat, l'autre à un particulier. « Le Conseil d'Etat, compétent pour apprécier la responsabilité qui peut incomber à l'Etat à l'égard des tiers, par la faute d'un service public, ne l'est pas pour statuer sur la responsabilité que les tiers peuvent avoir encourue à l'égard de l'Etat (1). » Il n'y a pas de responsabilité « mixte » au sens où l'on parle de contrat « mixte ».

§ VII. Textes imposant la compétence administrative

Les contrats mixtes marquent la transition entre la compétence administrative et la compétence judiciaire. Dans le domaine purement administratif qu'il faut maintenant aborder il existe des contrats administratifs par nature et par détermination de la loi. Ces derniers ne sont point nombreux. Il s'agit principalement des litiges portant sur les ventes domaniales. L'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII a attribué compétence aux Conseils de préfecture pour « le contentieux des domaines nationaux ». Ce texte qui a une origine purement historique n'a point

(1) Cons. d'Et., 27 mars 1925, *Cie l'Urbaine et Sieur Arpajoux, Leb.*, p. 330. — Voir égal^t, Cons. d'Et., 22 juin, 1928, *de Sigalas, D. P.*, 1928. 3. 52 avec les concl. de M. le Comm. du Gouv^t Josse, § 1.

été abrogé. Un projet de réforme de la juridiction administrative avait envisagé sa suppression (1). Ce projet n'a point abouti. Le texte de l'an VIII conserve toute sa valeur. Du moins le Conseil d'Etat l'interprète d'une façon stricte. Il ne se reconnaît pas compétent sur les litiges concernant les échanges domaniaux, les ventes domaniales en Algérie, les ventes d'objets mobiliers appartenant à l'Etat (2).

On pourrait également citer quelques autres textes particuliers tels que le décret du 6 mai 1863 rendu en exécution de la loi du 11 juin 1859 et qui a dérogé aux règles de compétence établies par la loi du 28 pluviôse an VIII. D'après ce décret c'est au Conseil d'Etat seul qu'il appartient de statuer sur les contestations qui s'élèvent entre l'Etat et la Compagnie d'Orléans relativement à l'interprétation des conventions financières intervenues entre eux (3).

Plus générale est la disposition (art. 33 de la loi du 15 juillet 1893) spécifiant que toutes les contestations relatives à l'organisation de l'assistance médicale gratuite seront portées devant le Conseil de préfecture du requérant, et, en cas d'appel, devant le Conseil d'Etat. En vertu de ce texte notamment les difficultés relatives au règlement des honoraires des médecins sont jugées par les tribunaux administratifs (4).

(1) Consulter à ce sujet la *R. D. P.*, 1918, p. 65.

(2) Cf. J. APPLETON, *Traité élémentaire du contentieux administratif*, n° 103 et la jurisprudence citée.

(3) Cons. d'Et., 20 janv. 1911, *Cie de Paris à Orléans, Leb.*, p. 63.

(4) Cons. d'Et., 18 déc. 1908, *Sieur Kandel, Leb.*, p. 1053.

§ VIII. Les travaux publics

a) DÉFINITION DES TRAVAUX PUBLICS

LEUR DOMAINE EXTENSIF

On a voulu voir également des textes dérogatoires aux règles générales et aux principes qui gouvernent le contentieux administratif toutes les fois où un texte a attribué compétence aux Conseils de préfecture en premier ressort. La même solution a été également préconisée à propos des marchés de fournitures de l'Etat dont la compétence relève directement du Conseil d'Etat en vertu du décret du 11 juin 1806. La nature de ce dernier contrat qui pose au point de vue de la compétence les questions les plus délicates fera l'objet d'un examen particulier. Quant aux travaux publics, ils revêtent effectivement le caractère d'un contrat administratif. Leur importance dans le contentieux administratif en est une preuve évidente. Leur étude sommaire confirme cette opinion. Elle est intéressante, en outre, car elle montre d'une façon saisissante un aspect du développement du contentieux administratif et l'attraction qu'opèrent, devant les tribunaux administratifs, les moindres clauses administratives.

Aux termes de l'article 4 alinéa 2 de la loi du 28 pluviôse an VIII les Conseils de préfecture prononcent « sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés ». Ce texte, d'un caractère dérogatoire, appellerait une interprétation limitée. De fait, en ce qui concerne les rapports des parties, la jurisprudence n'a jamais varié. Les Conseils de préfecture se déclarent incompétents toutes les fois où un litige met en présence, à propos de travaux publics, deux personnes du droit privé. Tel est le cas, par exemple des

litiges qui s'élèvent entre les entrepreneurs et leurs sous-traitants (1).

Par contre, lorsqu'il s'agit de rapports entre une personne publique et un entrepreneur, la compétence du Conseil de préfecture devient prépondérante. Cette prépondérance se manifeste au premier chef dans l'extension toujours plus grande apportée à la notion de travail public. Autrefois, la théorie des travaux publics était intimement liée à celles du domaine et des services publics. Etaient travaux publics les travaux effectués pour un service public ou sur le domaine public. On avait même décidé, en outre, que l'accomplissement de formalités légales était une condition essentielle pour qu'il y ait travail public.

Aujourd'hui la notion de travail public déborde nettement celle de domaine et de services publics. D'après la jurisprudence actuelle du Conseil d'Etat, deux conditions sont à la fois nécessaires et suffisantes à l'existence d'un travail public. Ces conditions ont été très clairement définies à propos du litige terminé par l'arrêt du Conseil d'Etat du 10 juin 1921 (2).

Dans ses conclusions au sujet de cette affaire le Commissaire du Gouvernement a proposé le critérium suivant que le Conseil a consacré : « est travail public tout travail ayant une destination d'utilité générale exécuté pour le compte d'une personne morale administrative (3) ». Ces deux conditions sont à la fois nécessaires et suffisantes. Lorsque l'une ou l'autre d'entre elles fait défaut, il n'y a pas travail public. Ainsi ne sont pas des travaux publics les ouvrages exécutés pour le compte d'une personne autre qu'une personne morale administrative. Par exemple, sont des travaux privés, les travaux de pose de rails

(1) Cons. d'Et., 23 janv. 1924, *Sieur Fouché et Sté des Voies économiques de l'Orne, Leb.*, p. 89.

(2) *Comm. de Monségur, Leb.*, p. 573 et les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Corneille, *R. D. P.*, 1921, p. 367, *D. P.*, 1922. 3. 26.

(3) Le critérium ainsi adopté a permis de conclure à l'existence d'un travail public sans trancher au préalable la question de domanialité des édifices affectés au culte. Sur cette question intéressante : cf. DURNERIN, *De la situation juridique des édifices domaniaux affectés au culte catholique d'après la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de Cassation.*

Decauville sur une route lorsqu'ils sont effectués dans l'intérêt de l'exploitant d'une carrière (1) ou d'une mine (2), quand bien même ces travaux auraient été déclarés d'utilité publique (3). Ces travaux ne perdent point leur caractère lorsqu'ayant été exécutés pour le compte d'une personne privée ils deviennent, par la suite, propriété d'une personne publique (4). Ils demeurent en ce cas des travaux privés. Dès qu'il s'agit, par contre, d'une personne publique la jurisprudence se montre très large pour décider que cette personne est intéressée au travail et qu'il s'agit en conséquence de travaux publics.

Un exemple topique est fourni à cet égard par l'arrêt du Conseil d'Etat du 22 juin 1928 (5). Il s'agissait de savoir dans cette affaire, si les ouvrages établis *par le concessionnaire* d'une usine hydraulique sous le régime de la loi du 16 octobre 1919 étaient ou non des travaux publics. Le Conseil d'Etat a jugé dans le sens de l'affirmative. Il s'est fondé sur ce que les ouvrages « doivent faire retour à l'État à l'expiration de la concession ». Les travaux du concessionnaire peuvent être alors considérés comme exécutés, en définitive, pour le compte de l'Etat.

Cette décision est d'autant plus remarquable que, même lorsqu'il s'agit incontestablement de travaux publics, le Conseil de préfecture n'est plus compétent pour tous les litiges nés entre les fournisseurs et entrepreneurs à l'occasion des travaux (6). Le Conseil d'Etat estime qu'il s'agit alors de conventions purement privées puisque la personne publique pour qui le travail public est exécuté n'est pas directement en cause. L'arrêt du 22 juin 1928 apporte à ce sujet une limitation en étendant autant qu'il est possible le domaine de la première condition exigée pour qu'il y ait travail public.

(1) Cons. d'Et., 23 nov. 1921, *sieurs Cosson et Gaujour c/ Comm. de Saint-Pierre-les-Nemours*, *Leb.*, p. 964.

(2) Confl., 3 juin 1905, *de Richard d'Aboncourt c/ Sté des hauts fourneaux de Denain et d'Anzin*, *Leb.*, p. 507.

(3) Cons. d'Et., 2 déc. 1904, *mêmes parties*, *Leb.*, p. 775.

(4) Cons. d'Et., 25 mai 1921, *sieurs Radel et autres*, *Leb.*, p. 505.

(5) *Epoux de Sigalas c/ Sté hydro-électrique du Palais*, *D. P.*, 1928. 3. 49.

(6) Cons. d'Et., 15 avril 1919, *Comm. de Graffigny-Chemin*, *Leb.*, p. 411.

Le domaine de la seconde condition n'a pas reçu moins d'extension. La notion d'utilité générale est interprétée par la jurisprudence d'une façon tout à fait compréhensive. Cette notion, que l'on rencontre également à propos de l'expropriation, du domaine public, des services publics, englobe et déborde toutes ces matières. L'arrêt précité du 10 juin 1921 en offre un exemple. Il décide que les travaux exécutés par une commune dans une église qui est sa propriété, ont le caractère de travaux publics. Le service du culte n'est cependant plus un service public, la domanialité des édifices du culte est encore incertaine ; le Conseil d'Etat décide cependant que les travaux d'entretien de ces édifices satisfont à un but d'utilité générale. Ils sont donc des travaux publics.

Une fois ces deux conditions réunies : but d'utilité générale et exécution au profit d'une personne morale administrative, il y a travail public. Il n'est pas besoin que les travaux soient régulièrement approuvés. Le Tribunal des Conflits a rendu à ce propos (1) un arrêt très formel touchant des travaux communaux non approuvés par l'autorité supérieure et payés d'une façon irrégulière. « Le défaut d'approbation par l'autorité préfectorale de la délibération du Conseil municipal, ne saurait enlever aux dits travaux le caractère qu'ils tenaient de leur objet et de leur destination, ni modifier la nature du traité auquel ils ont donné lieu. » De même, décide encore l'arrêt, « il importe peu que la rémunération allouée à l'entrepreneur fût stipulée payable en une traite sur le sieur de Tréville, maire de la commune, cette irrégularité en matière de comptabilité du budget municipal étant sans influence sur la compétence ».

b) CARACTÈRE ATTRACTIF DE LA THÉORIE DES TRAVAUX PUBLICS

Cette notion déjà très large du travail public exerce son rayonnement sur les conventions accessoires, les

(1) Confl., 13 déc. 1913, *Rougier c/ Comm. de Courdeval, Leb.*, p. 1260.

conventions annexes et mixtes. Ainsi, les difficultés nées entre une personne publique et l'architecte qui a dirigé et fait exécuter les travaux publics sont également de la compétence des Conseils de préfecture. Celui-ci est saisi même si le règlement des travaux avec l'entrepreneur s'est effectué sans difficultés et si le débat se déroule simplement entre l'architecte et la personne pour qui s'exécutent les travaux. Peu importe même que les travaux n'aient pas été exécutés. Il suffit que le litige auquel la réclamation de l'architecte a donné naissance ait trait à un projet établi en vue de l'exécution d'un travail public (1). Par contre, si les services de l'homme de l'art ne doivent être accompagnés d'aucun travail la compétence administrative disparaît et devient judiciaire. Tel serait le cas, par exemple, d'une levée de plan exécutée par un géomètre en vue d'une opération de partage de biens communaux (2). Tel serait encore le cas d'un architecte communal réclamant une indemnité à raison de la révocation de ses fonctions (3).

Les difficultés qui s'élèvent comme une conséquence des travaux publics ne sont point limitées aux contestations, les plus nombreuses il est vrai, que font naître les honoraires d'architecte. La jurisprudence en fournit des exemples. Dans une espèce jugée le 19 février 1919, le Conseil d'Etat a décidé que le Conseil de préfecture était compétent pour connaître d'une contestation soulevée par l'entrepreneur au sujet de la validité d'une transaction ayant mis fin à ses difficultés avec la commune (4).

Toutefois le domaine où le caractère attractif se manifeste le plus nettement est celui où l'exécution d'un travail public est juxtaposée à un marché de fournitures. Les marchés de fournitures autres que ceux de l'Etat sont de la compétence des tribunaux judiciaires. Dès qu'il se mêle à la fourniture un élément de travail celui-ci devient prépondérant au point de vue de la compétence : il attire le

(1) Cons. d'Et., 22 mai 1925, *Sté du Canal de Pierrelatte, Leb.*, p. 168.

(2) Cons. d'Et., 19 mars 1915, *Guéry c/ Comm. de Cheissoux, Leb.*, p. 79.

(3) Cons. d'Et., 8 déc. 1916, *Goujon, Leb.*, p. 521.

(4) Cons. d'Et., 19 février 1919, *Ville de Nanterre c/ Jaccaz, Leb.*, p. 165.

litige devant le Conseil de préfecture. Tel est le cas, par exemple, d'un marché pour la fourniture et la pose de canalisations (1), pour la fourniture et la pose de carillons et de cloches dans une église quand bien même les frais de fourniture seraient cinq fois plus élevés que ceux de l'installation (2). La jurisprudence ne s'en tient donc pas à la distinction du principal et de l'accessoire. Elle s'en tient à la nature juridique des opérations en présence et fait prévaloir toujours la compétence administrative.

En définitive, dès qu'apparaît dans une opération juridique un élément de travail public l'ensemble du contrat est attiré, au point de vue de la compétence, devant le Conseil de préfecture. Un arrêt du 27 juillet 1906 est en ce sens très explicite. Il s'agissait d'un adjudicataire ayant d'après un cahier des charges, la garde du cimetière, le service des inhumations et l'exécution des travaux d'entretien général dudit cimetière. Le Conseil d'Etat a décidé que le contrat ainsi passé avec la commune avait, « *dans son ensemble*, le caractère d'un marché de travaux publics (3) ».

Ce caractère attractif du travail public a été nettement mis en relief par M. J. Appleton dans son *Traité élémentaire du contentieux administratif* (4). Pour que la compétence du Conseil de préfecture s'exerce pleinement, écrit-il, il n'est pas nécessaire que l'élément travail soit dominant dans le contrat : « l'opération de travaux publics douée d'une sorte d'individualité très forte, attire à elle, absorbe en elle, pour ainsi dire les autres éléments du contrat, alors même que ces derniers présenteraient une importance plus grande ».

Toutefois, la théorie des travaux publics n'est pas attractive à tel point qu'elle puisse faire échec aux principes les plus élémentaires des règles de compétence. Les principes relatifs aux questions préjudicielles trouvent

(1) Cons. d'Et., 30 janv. 1925, *Sieur Jalabert, Leb.*, p. 118.

(2) Cons. d'Et., 5 août 1904, *Fabrique de Mirande, Leb.*, p. 671.

(3) Cons. d'Et., 27 juill. 1906, *Permanne c/ Comm. d'Armentières, Leb.*, p. 699.

(4) V. p. 382, al. 2.

en la matière leur application. Toutes les fois où une obligation a sa source dans un marché de travaux publics le Conseil de préfecture reste compétent. Il doit surseoir à statuer simplement jusqu'à solution des questions accessoires qui apparaîtraient au cours du litige et qui relèveraient de la compétence d'une autre juridiction (1). A l'inverse, d'ailleurs, le Conseil de préfecture peut être saisi, sur renvoi de l'autorité judiciaire, d'interprétations à donner d'actes administratifs. En ce cas sa compétence est limitée par la question soumise à son examen par le juge de renvoi (2). Tel est le cas, notamment, des questions d'interprétation des contrats de vente de biens nationaux (3).

L'extension générale de la notion de travail public, telle qu'elle vient d'être rappelée, a eu d'autres répercussions encore dans le domaine de la compétence. Sans parler de la théorie des dommages causés par les travaux publics qui est en dehors de la théorie des contrats, il faut faire état des offres de concours et, notamment, des contrats de concession.

c) OFFRES DE CONCOURS

En ce qui concerne les offres de concours la juridiction administrative s'est toujours considérée comme compétente par application de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII (4). Ce texte est celui qui fixe également la compétence des Conseils de préfecture en matière de travaux publics. On comprend, dans ces conditions, que les deux contentieux aient suivi une extension strictement parallèle. C'est ainsi, par exemple, que toute participation

(1) Cons. d'Et., 2 avril 1909, *Crédit foncier de France c/ Ville de Paris*, *Leb.*, p. 401.

(2) Cons. d'Et., 15 juin 1923, *Cie des tramways de l'Ain*, *Leb.*, p. 498.

(3) Cons. d'Et., 24 juill. 1925, *Comm. de Villes-sur-Auzon*, *Leb.*, p. 732.

(4) Cons. d'Et., 24 juill. 1918, *Lefaverais*, *Leb.*, p. 749 ; — 22 nov. 1912, *Comm. des Gours*, *Leb.*, p. 1089 ; — 21 juin 1911, *Min. de la Guerre*, *Leb.*, p. 694. Sur la distinction des offres de concours et des cessions amiables en cours d'expropriation, cf. *Confl.*, 19 nov. 1927, *Comm. de Vorey* et la note de M. Hauriou, *S.*, 1928. 3. 33.

volontaire d'un particulier, en nature ou en argent, aux travaux d'entretien d'une église constitue une offre de concours donnant comme telle ouverture à un contentieux devant le Conseil de préfecture. Au contraire, une offre de participer à la création d'une chaire ou d'un laboratoire de faculté est une simple opération de droit privé relevant de la compétence des tribunaux judiciaires (1). Bien que les deux offres soient, dans l'un et l'autre cas, de même nature, bien que dans la seconde hypothèse la participation des particuliers à un but d'intérêt général soit plus marquée, la compétence n'est administrative que dans la première hypothèse. La théorie des offres de concours a reçu son empreinte de la théorie des travaux publics. Elle y est indivisiblement liée.

En définitive, les conventions en vertu desquelles les particuliers apportent un concours volontaire aux administrations publiques dans un but de service public ou même dans un simple but d'intérêt général, relèvent normalement de la compétence des tribunaux judiciaires. Font exception à cette règle les seuls concours apportés à l'exécution des travaux publics en vertu même des principes absorbants de la théorie des travaux publics (2).

d) CONCESSIONS DE TRAVAUX PUBLICS

Plus intéressantes encore que les offres de concours sont les concessions de travaux. Par là il faut entendre non toutes espèces d'opérations appelées concessions mais uniquement celles qui ont pour objet l'exécution de travaux publics et la rémunération de ceux-ci par le produit de leur exploitation (3). Ces concessions particulières présentent un intérêt historique. A l'époque où la théorie des actes d'autorité et de gestion était en vigueur, aucun texte ne per-

(1) M. Romieu, conclusions sous Cons. d'Et., 9 mars 1906, *Gau-Bosc, Leb.*, p. 224.

(2) Cf. JÈZE, p. 460-461.

(3) Sur les différents sens du mot « concession » voir : J. SUDRE, *La compétence du Conseil d'Etat en matière de contrats*, p. 95 et suiv.

mettait d'attribuer au juge administratif la connaissance des concessions de service public. Le Conseil d'Etat, cependant, avait senti que la nature spéciale de ces contrats ne s'accommoderait pas du régime juridique du droit privé. Il attirait devant lui tous les contrats de concession par une assimilation plus ou moins exacte de ces contrats à des marchés de travaux publics.

Actuellement, et notamment depuis l'arrêt Thérond du 4 mars 1910 (1), la jurisprudence du Conseil d'Etat fait une distinction. Elle envisage, d'une part, le marché de travaux publics et, d'autre part, la concession de service public. Le marché de travaux a pour objet la construction du travail. La concession de service public a pour objet l'exploitation du travail suivant des règles précises : celles fixées au contrat de concession et aux cahiers des charges y annexés. Le marché seul relève désormais de la compétence du Conseil de préfecture. Le contrat de concession isolé du marché de travaux n'est pas redevenu un contrat de droit civil relevant des tribunaux judiciaires. Il est considéré désormais comme un contrat administratif type ayant une physionomie propre et des règles particulières. Il relève à ce titre de la compétence du Conseil d'Etat juge de droit commun du contentieux administratif.

La liaison momentanée du contrat de concession avec le marché de travaux aura eu pour effet de soustraire le contrat de concession aux juges civils pour en transporter le contentieux aux juges administratifs. Une fois ce changement opéré l'analyse juridique a repris ses droits. Elle a distingué ce qui normalement devait relever du Conseil de préfecture : le travail public. Elle a attribué au contentieux administratif de droit commun la concession proprement dite.

Un souvenir, toutefois, est resté de cette période où les deux opérations avaient été unies fictivement pour les déférer au contentieux administratif. Toutes les fois où

(1) *Leb.*, p. 194 avec les concl. de M. le Commissaire du Gouvernement Pichat.

un marché de travaux est uni à une concession, le marché de travaux appelle, pour l'ensemble des difficultés soulevées par la convention, la compétence du Conseil de préfecture. Il en est ainsi même s'il n'y a pas, à proprement parler, marché de travaux mais simplement entretien nécessaire du travail sur lequel porte la concession. Par exemple, les concessions pour le balayage et pour le nettoyage de la voie publiques sont assimilées, au point de vue de la compétence, à des marchés de travaux.

Pour qu'il en soit autrement, il faudrait qu'il n'y eût dans la concession aucun élément sérieux de travail public. Tel a été le cas d'un contrat relatif à la capture des chiens errants et à l'enlèvement des bêtes mortes sur la voie publique (1) ou encore d'une concession d'un service de transports par omnibus dans l'intérieur d'une ville (2). Ces hypothèses sont rares. Dans la plupart des cas la concession exige soit la construction préalable d'un ouvrage, soit son entretien, en sorte que le Conseil de préfecture est saisi de la plupart des litiges nés des contrats de concession (3). Là encore, par conséquent, la notion de travaux publics a fait sentir son influence attractive.

e) BACS ET PASSAGES D'EAU

D'autres exemples pourraient également être rapportés Citons simplement, pour terminer, la matière des bacs et des passages d'eau. En cas de contestation entre l'administration et l'exploitant la compétence est celle du Conseil de préfecture (4). Après des variations nom-

(1) Cons. d'Et., 4 mars 1910, précité.

(2) Cons. d'Et., 12 déc. 1924, *Ville de Dieppe, Leb.*, p. 1006.

(3) Il n'a pas été fait état ici de la théorie des dommages causés par les travaux publics. Des distinctions à ce sujet seraient nécessaires entre les dommages causés par le travail, sa construction, son entretien (Cons. d'Et., 15 janv. 1913, *Dames Desmontiers de Boutteville, Leb.*, p. 52) et ceux imputables à l'exploitation (Cons. d'Et., 21 janv. 1925, *Adm. des ch. de fer algériens, Leb.*, p. 64). De même encore, dans l'évaluation des éléments du dommage, certains éléments de nature purement civile échappent à l'appréciation des Conseils de préfecture (Cons. d'Et., 7 août 1925, *Min. des Postes et des Télégraphes, Leb.*, p. 829).

(4) Cons. d'Et., 13 janv. 1905, *Sté Fichet et Cie, Leb.*, p. 27.

breuses la jurisprudence du Conseil d'Etat s'est fixée en ce sens que les fermiers des bacs doivent être considérés comme de véritables concessionnaires de services publics.

Le bac, sans faire partie de la voirie (1) est néanmoins considéré comme une dépendance de celui-ci, comme « affecté à un service public » de voirie. A ce titre, et en vertu des dispositions combinées de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII et des articles 31 et 35 de celle du 6 frimaire an VII, c'est aux Conseils de préfecture et non aux tribunaux ordinaires qu'il appartient de statuer sur les contestations relatives à ce matériel (2).

f) CONCLUSION

En résumé, l'examen rapide du contentieux des travaux publics confirme d'une façon frappante les conclusions dégagées à propos d'autres contrats, des contrats mixtes en particulier. Plus et mieux qu'aucun autre contrat du droit administratif, le marché de travaux publics manifeste l'attraction particulière qui s'exerce dans le sens de la

(1) Un arrêt du Cons. d'Et. du 15 mai 1874 (*D. P.*, 75. 3. 42) a jugé que les détériorations causées aux bacs ne constituent pas des contraventions de grande voirie et qu'il n'appartient pas aux Conseils de préfecture d'en ordonner la réparation.

(2) Le Tribunal des Conflits a décidé le 22 janvier 1921 (*Sté commerciale de l'Ouest africain c/ Colonie de la Côte d'Ivoire, Leb.*, p. 91) qu'un bac ne constitue pas un ouvrage public. Bien qu'il s'agisse d'un bac exploité dans une colonie et où il n'existe pas, comme en France, un monopole de droit, cette décision paraît regrettable. Plus exactement, elle se révèle comme la solution d'une situation de droit purement transitoire.

En effet, la route coupée par une lagune ne se conçoit pas sans un bac. L'intérêt public qui s'attache à la route exige qu'un service de transport soit assuré d'une rive à l'autre. Il exige également que le prix des transports soit réglementé ainsi que les conditions du service. Le bac ne peut être exploité dans les conditions d'un service industriel quelconque d'ordre purement privé.

En fait, cependant, la Côte d'Ivoire se trouve encore dans la situation créée en France par la loi du 25 août 1792 instituant un régime de liberté. Ce régime qui appelait la compétence des tribunaux de droit commun et excluait toute idée de travail et de service public n'a pas duré. La loi du 6 frimaire an VII, toujours en vigueur, a rétabli le monopole et l'exploitation en service public. Nul doute que la Colonie de la Côte d'Ivoire ne connaisse bientôt les mêmes abus qui ont motivé en France l'exploitation des bacs en service public. Cette solution est, en effet, la seule conforme aux nécessités pratiques et aux principes administratifs dictés par ces nécessités mêmes.

compétence administrative. Il montre comment, autour d'un contrat de droit public nettement déterminé, viennent se cristalliser toutes sortes d'opérations pouvant supporter une assimilation avec le contrat-type. Cette tendance devait être mise en relief. Elle permettra une mise au point plus exacte de la théorie générale des contrats administratifs à caractères mal définis ou peu affirmés.

§ IX. Les contrats de services personnels

a) LES CONTRATS DE FONCTIONS PUBLIQUES

Les raisons qui militent dans le sens d'une théorie contractuelle de la fonction publique ont été précédemment exposées (1). Lorsqu'un individu veut s'assurer le concours de services personnels, il a besoin du consentement de ses semblables. Il conclut avec eux un contrat. L'Etat n'agit pas autrement. C'est par un mode contractuel qu'il s'assure le concours de ses fonctionnaires.

Sans doute, il existe pour l'Etat d'autres modes plus énergiques. La réquisition joue pour les services de la même façon que pour les biens. En ce cas le mode employé n'est pas contractuel. Il en est l'antithèse puisque la collaboration apportée est obtenue en dehors de tout consentement contre le consentement même des intéressés. C'est un régime de contrainte. Il ne saurait donc en être ici question.

Il ne saurait être question non plus d'exposer une théorie générale de la fonction publique. Il importe simplement de remarquer qu'aux termes de la jurisprudence actuelle la qualité de fonctionnaire est aisée à reconnaître. Par ce terme « fonctionnaire » il faut d'ailleurs envisager uniquement le sens que lui attribue le droit administratif. Il faut délaisser par contre les différentes acceptions que ce terme

(1) *Supra*, p. 12 et suiv.

peut revêtir au regard des autres branches du droit, au regard notamment du droit pénal (1).

Actuellement, d'après les principes en vigueur, est fonctionnaire tout individu qui « faisant partie des cadres de l'administration, collabore à titre permanent à l'exécution d'un service public (2) ».

L'administration, par un texte quelconque, fixe d'abord les emplois qu'il y aura à pourvoir ; elle décide qu'il y aura un contrôleur des contributions directes, un percepteur, un instituteur,... dans telle commune, telle localité. Elle fixe pour chacun de ces postes, les conditions du recrutement, le taux des émoluments... bref le statut de la fonction. Les candidats se présentent pour occuper les emplois offerts. Les modes du recrutement sont d'ailleurs, pour chaque catégorie, très différents parfois les uns des autres. Du moins, l'accord finit par se réaliser entre l'administration intéressée et les candidats. Chaque siège vacant est pourvu de son titulaire à la suite d'un échange de consentements entre le candidat qui offre son concours et l'administration qui l'accepte.

Voici quelques exemples qui confirment ce critérium. Dans une espèce jugée le 29 avril 1922 (3) il s'agissait de savoir si la fonction de président d'un comice agricole était ou non une fonction publique. Le Conseil d'Etat a décidé qu'il s'agissait effectivement de fonctions publiques. Au nombre des motifs retenus à l'appui de cette décision l'arrêt relève « que la loi du 20 mars 1851 prévoit l'établissement *dans chaque arrondissement* d'un ou de plusieurs comices agricoles, dont elle détermine *les règles de composition* et dont la *circonscription* est fixée par le Conseil général sur la proposition du préfet... »

Au contraire, lorsque ces conditions font défaut, le Conseil d'Etat décide qu'il n'y a pas fonction publique

(1) Cf. Concl. de M. le Comm. du Gouv^t Rivet sous Cons. d'Et., 29 avril 1922, *Caillaux, Rev. du dr. publ.*, 1923, p. 230.

(2) Définition donnée par M. le Comm. du Gouv^t Cahen-Salvador sous Cons. d'Et., 3 juill. 1925, *de Mestral, Leb.*, p. 639.

(3) Cons. d'Et., *Caillaux, Leb.*, p. 375.

mais simple contrat de travail entre l'Etat patron et son préposé. Le 5 août 1913, le Conseil d'Etat est appelé à juger si un chef de chantier victime d'un accident du travail au cours de travaux exécutés par l'Etat est effectivement régi par la loi du 9 avril 1898. Le Conseil d'Etat relève que la victime « ne faisait, au moment de l'accident, partie du cadre permanent d'aucune administration ». Il n'est donc pas un fonctionnaire. Il est justiciable des tribunaux civils (1). De même, le 6 mai 1921, le Conseil d'Etat déclare non recevable une contestation que lui avait soumise un ouvrier de l'administration des hospices-civils de Bordeaux alors « qu'il n'a jamais été compris dans les cadres permanents du personnel administratif hospitalier (2) ». De même encore est rejetée, le 8 juillet 1921, la requête d'une dame Saulnier-Ciolkowska alors qu'il résulte de l'instruction que ladite dame « n'était pas comprise dans les cadres du personnel prévu par le décret du 10 mars 1920 », relatif à l'établissement dont elle dépend (3).

Analysant le contenu de la situation juridique du fonctionnaire ainsi définie on a été amené à en dégager les caractères suivants. La situation juridique de l'agent proprement dit est générale et impersonnelle, légale et réglementaire. Certains auteurs en ont conclu qu'il n'y avait point contrat. Une telle affirmation nous paraît inexacte.

Tout d'abord, il est bien certain que les cadres organisés par les textes réglementaires ont besoin, pour être pourvus de titulaires, du consentement des intéressés. Ceux-ci, par contre, ont besoin de l'acceptation des autorités administratives pour être incorporés au service. Il faut, en définitive, un échange de consentements. On objectera, peut-être, qu'en certains cas l'administration s'est liée à l'avance en créant un véritable droit à nomination à l'égard d'individus qui répondraient à des conditions prédéterminées. Cette objection serait sans valeur. En ce cas, il y aurait

(1) Cons. d'Et., 5 août 1913, *Sieur Neveu c/ Min. des Trav. publ.*, *Leb.*, p. 991.

(2) Cons. d'Et., 6 mai 1921, *Sieur Mourgues*, *Leb.*, p. 450.

(3) Cons. d'Et., 8 juill. 1921, *Dame Saulnier-Ciolkowska*, *Leb.*, p. 689.

simple indication des conditions dans lesquelles l'administration a entendu que son consentement soit donné. La situation serait tout à fait analogue à celle du commerçant qui, par une pollicitation, se déclare prêt à céder ses denrées au prix indiqué par lui. Il est alors dans l'obligation de vendre à celui qui s'offre à payer le prix indiqué. Dans un cas comme dans l'autre il y a véritablement échange de consentements.

Dans les deux hypothèses, également, cet échange des consentements est générateur d'obligations. Du jour où l'administration a manifesté son consentement par un acte de nomination correspondant à l'offre du candidat, ce dernier est tenu d'assumer toutes les obligations attachées à la fonction. En retour, l'Etat est tenu de lui assurer tous les avantages stipulés par les textes organiques de la fonction (1).

Les obligations assumées n'ont point la rigidité de celles qui découlent du droit civil, encore que celles-ci aient quelque souplesse. D'une part, l'administration peut réduire les avantages stipulés, d'autre part, elle peut exiger du fonctionnaire une plus grande activité sans qu'aucune de ces deux hypothèses puisse être cause d'une rupture du contrat au préjudice de l'administration.

Cette situation n'a pas son équivalent en droit civil. On ne peut du moins en conclure qu'elle ne soit point contractuelle. L'individu qui a engagé sa personne au service de l'administration connaît évidemment ces aléas. Il donne son consentement en connaissance de cause. Il sait, par ailleurs, qu'il possède des garanties soit d'ordre juridique dans le contentieux administratif, soit d'ordre moral dans le souci toujours manifesté par l'Etat d'assurer à ses serviteurs une situation honorable. Les charges

(1) Voir en ce sens les concl. de M. le Commissaire du Gouvernement Teissier sous Cons. d'Et., 17 mai 1907, *Le Bigot et autres*, D. P., 1908. 3. 126 : le pouvoir exécutif, « par des décrets et des arrêtés généraux ou locaux, pose les conditions du contrat administratif qui lie la puissance publique et les agents en détruisant les conditions de nomination, d'avancement, de discipline, de révocation et de licenciement ».

imposées sans que les intéressés soient appelés à y consentir ont aussi leur contre-partie. On en trouve la manifestation dans les majorations de traitement et, notamment dans les majorations de pensions allouées après guerre à des fonctionnaires mis à la retraite avant 1914.

S'il fallait supprimer tout aléa des conventions administratives pour y trouver des contrats, cette dernière notion devrait être bannie du droit public. En effet, le jeu des théories telles que celle de l'imprévision ont introduit dans tout accord de volontés générateur d'obligations une part d'inconnu. Pendant la guerre, en particulier, les notions contractuelles du droit administratif ont manifesté leur souplesse et leur faculté d'adaptation aux situations économiques nouvelles. Les mesures qui ont été prises en cette occurrence, les décisions des juridictions administratives, n'ont nullement manifesté la faillite des théories contractuelles toujours affirmées par le Conseil d'Etat. Elles ont simplement confirmé la différence des régimes qui gouvernent les contrats en droit public et en droit privé.

Un arrêt du Conseil d'Etat du 13 juin 1923 (1) est tout à fait significatif à cet égard. Il s'agissait d'une discussion sur la portée du moratorium et son application aux contrats administratifs. « Considérant, dispose cet arrêt, que l'article 2 de la loi du 2 août 1914 a autorisé le Gouvernement à prendre par décret « toutes les mesures nécessaires pour faciliter l'exécution ou suspendre les effets des obligations commerciales ou civiles » ; que le décret du 10 août 1914 pris pour l'exécution de cette loi a prescrit, dans son article 5, la suspension des effets des « clauses et contrats » conclus avant le 4 août 1914 « qui stipulent une déchéance en cas d'inexécution dans un délai ou à une date préfixe » ; que ce texte réglementaire n'a pu avoir pour but et n'a pu avoir pour effet de donner aux mots « clauses des contrats » un sens plus étendu que celui qui s'attache aux expressions « obligations com-

(1) *Min. de la Marine c/ Guillouët, Leb.*, p. 481.

merciales et civiles » par lequel le décret du 5 août 1914 a marqué la limite de la délégation consentie au pouvoir exécutif. » Ces prémisses étant ainsi posées, le Conseil d'Etat en a fait application à l'espèce. Il a décidé « qu'un marché de travaux publics passé entre le Ministre de la Marine et un entrepreneur, ayant le caractère d'un marché administratif et non d'un contrat civil ou commercial, les obligations qu'il stipule n'étaient pas de celles dont l'effet a été suspendu par le décret du 10 août 1914 ».

Ainsi, il est bien avéré que les contrats administratifs ont un régime juridique différent des contrats du droit civil. Ils se manifestent par une plus grande souplesse. Ce caractère se retrouve dans les rapports qui existent entre les personnes morales administratives et leurs fonctionnaires. Un tel caractère n'est pas exclusif de l'idée de contrat. Il en est du contrat de fonction publique comme de tous les autres contrats administratifs.

b) ENGAGEMENTS MILITAIRES

Ainsi, à l'occasion du contrat de fonctions publiques, nous sommes amenés à préciser à nouveau les constatations déjà faites à propos des contrats administratifs en général. Ces constatations se trouvent encore précisées si l'on aborde une situation placée à la limite du domaine contractuel mais à l'intérieur de ce domaine. La situation dont s'agit est celle de l'engagé militaire.

Bien des auteurs ont contesté qu'il y ait contrat en cette matière. Ils se sont prévalus de décisions telles que celle du 16 juillet 1920 rendue à propos d'un engagé pour la durée de la guerre (1). Ils ont invoqué la situation statutaire de l'engagé distincte de toute situation contractuelle (2).

Pour nous, il n'est pas question de contester la soumission de l'engagé à un statut. Il suffit de retenir l'expres-

(1) Cons. d'Et., *sieur Chirac, Leb.*, p. 708.

(2) Cf. JÈZE, *R. D. P.*, 1923, p. 5 et suiv.

sion « contracter un engagement » révélant la réalité juridique, le substratum contractuel. L'engagement est à base de consentement. Le consentement est « une condition nécessaire, puisque l'Etat ne pourrait pas imposer, en vertu de la loi, le service qui lui est librement offert par l'engagé volontaire ou par le militaire qui contracte un rengagement (1) ». Sans doute, une fois le contrat d'engagement signé c'est le statut légal des appelés qui va s'appliquer à l'engagé. Du moins, ce statut ne sera devenu applicable qu'en vertu du contrat et par son seul effet. C'est le contrat qui aura soumis l'engagé « à toutes les obligations dérivant des nécessités mêmes du service public » et l'aura fait renoncer à l'avance « à toutes les facultés incompatibles avec une continuité essentielle à la vie nationale (2) ».

Dans ce contrat, comme dans tous les autres contrats administratifs d'ailleurs, il existe un équilibre des avantages et des charges de la fonction d'engagé volontaire. Les conditions de cet équilibre résultent pour partie du contrat. Pour une plus grande part elles résultent du status d'engagé. Cette dernière constatation est sans importance. Le status, en effet, s'incorpore au contrat. L'administration, théoriquement, pourrait insérer dans tout contrat d'engagement, l'ensemble des règles administratives susceptibles de recevoir leur exécution pendant la durée du service. Elle peut tout aussi bien se référer explicitement à l'ensemble desdites règles. Mais, puisque cette référence serait toujours de style, le seul fait de la signature du contrat vaut insertion d'une telle clause. L'engagé qui s'enrôle volontairement est censé connaître les règles du service puisqu'elles sont légales ou réglementaires. Il est donc lié par elles contractuellement sans qu'il ait été besoin de les insérer au contrat.

En définitive, le contrat d'engagement est de même nature que le contrat qui lie tout fonctionnaire à l'admi-

(1) LAFERRIÈRE, *loc. cit.*, t. I, p. 614.

(2) Cons. d'Et., 7 août 1903, *Winkell, Leb.*, p. 827.

nistration. Tous les rapports qui existent entre l'Etat et l'engagé sont l'effet direct du contrat. Ils sont l'exécution même du contrat. Il n'existe donc, à notre avis, aucun motif juridique de nature à distinguer le contrat d'engagement militaire des autres contrats de fonction publique. Les uns et les autres relèvent du même critérium et sont gouvernés par les mêmes principes (1).

c) CONTRATS DE LOUAGE DE SERVICES

L'examen des principes et des règles qui fixent l'étendue des fonctions publiques nous a amené à définir également les contrats qui ne relèvent point du droit administratif bien qu'ils aient pour objet d'assurer à l'Etat des services personnels (2). C'est le cas de tous ceux qui sont liés à l'Etat par un contrat de travail. Ainsi jugé pour un individu engagé à titre temporaire par le service des régions libérées et ne rentrant pas dans la catégorie des fonctionnaires et agents ayant droit à la communication de leur dossier par application de l'article 65 de la loi du 22 avril 1905 (3), — pour un ouvrier des Postes, engagé comme auxiliaire temporaire, payé à la journée pour l'exécution de tâches déterminées et se trouvant, vis-à-vis de l'administration des Postes dans la situation d'un salarié de droit commun lié à l'administration par un simple contrat de travail (4); pour un conducteur dépanneur employé au parc automobile de Satory (5); pour un individu employé à l'arsenal de Sidi-Abdallah comme ouvrier en régie de l'atelier des armements (6); pour un ouvrier travaillant dans une maison de commerce à la confection de harnachements destinés à l'artillerie (7).

(1) Cf., déb. parl. Ch., 1^{er} et 2 févr. 1917, Sn., 16 et 17 févr. 1917 et les discussions dans le sens contractuel à propos des engagés spéciaux.

(2) *Supra*, p. 74.

(3) Cons. d'Et., 31 mars 1922, *Sieur Rabé, Leb.*, p. 318.

(4) Cons. d'Et., 18 mars 1925, *Sieur Monge, Leb.*, p. 1339.

(5) Cons. d'Et., 13 juill. 1923, *Vialesoubrane, Leb.*, p. 574.

(6) Cons. d'Et., 1^{er} déc. 1922, *Castaing c/ Min. de la Guerre, Leb.*, p. 896.

(7) Cons. d'Et., 14 juin 1918, *Sieur Boriat, Leb.*, p. 574.

Il importe peu que le contrat de travail ait été conclu d'après les conditions spécifiées dans une instruction ministérielle. Le texte administratif a pour but de fixer les conditions dans lesquelles les contrats pourront être passés, dans quelle mesure il pourra être fait appel à la main-d'œuvre dans les conditions du droit commun. Les contrats ainsi conclus doivent être examinés en eux-mêmes pour fixer la compétence des tribunaux chargés des litiges nés de l'exécution desdits contrats (1). Sans doute, si des contrats de droit commun ont été conclus dans des conditions qui nécessitent l'interprétation d'un acte administratif il peut y avoir question préjudicielle. Du moins, la compétence au fond n'est pas modifiée. Elle reste judiciaire (2).

Les exemples qui précèdent sont relatifs à des contrats qui mettent en présence des ouvriers, d'une part, et l'Etat, d'autre part. La condition sociale des intéressés n'intervient pas cependant. Il faut tenir compte uniquement de la situation juridique. C'est ainsi que le Conseil d'Etat s'est déclaré incompétent à propos d'un litige né entre l'Etat et un commandant chargé d'amener en France un navire en vue de son désarmement (3).

d) SITUATIONS PARTICULIÈRES (AGENTS DE LA BANQUE DE FRANCE, DES CHEMINS DE FER DE L'ETAT, ETC.)

A côté des individus qui ont une situation très nette au regard de l'Etat qui les occupe, soit en vertu d'un contrat de fonction publique, soit en vertu d'un contrat de travail du droit civil, existent plusieurs situations un peu particulières et qui révèlent une fois de plus le caractère très nuancé des opérations du droit public.

Tout d'abord certaines opérations contractuelles relèvent

(1) Cons. d'Et., 20 févr. 1924, *Sieur Ahmed ben Mohamed ben Salin, Leb.*, p. 193.

(2) Cons. d'Et. 21 mai 1920, *Sieur Lacomme, Leb.*, p. 544.

(3) Cons. d'Et., 27 mars 1925, *Sieur Androssof, Leb.*, p. 341.

en tout ou partie de la juridiction administrative à raison de textes spéciaux. Tel est le cas prévu par l'article 21 de la loi du 22 avril 1806 aux termes duquel le Conseil d'Etat est compétent pour statuer sur les recours formés par les agents de la Banque de France contre les mesures prises par l'administration de la banque, qu'ils soutiendraient porter atteinte aux droits résultant pour eux de leur statut (1). Tel est surtout le cas de la loi Lhopiteau du 21 mars 1905 qui dispose : « les tribunaux judiciaires sont compétents pour statuer sur les différends qui peuvent s'élever entre l'administration des chemins de fer de l'Etat et ses employés, à l'occasion du contrat de travail. »

La jurisprudence, très abondante en cette matière, a fixé d'une façon fort large l'étendue de la compétence judiciaire. Suivant une formule devenue de style, le Conseil d'Etat décide que la loi du 21 mars 1905 « doit être entendue en ce sens qu'il appartient à l'autorité judiciaire de connaître de toutes les contestations nées à l'occasion des rapports existant entre l'administration du réseau et son personnel aussi bien en ce qui concerne l'application des règles relatives au recrutement, à l'avancement, à la discipline et aux garanties, notamment de celles qui seraient édictées par le statut prévu aux articles 58 § 2 et 68 de la loi du 13 juillet 1911, qu'en ce qui touche les conditions pécuniaires du contrat de travail et les effets qui peuvent en résulter (2) ». Ces principes trouvent également leur application en Algérie (3).

A côté du contentieux régi par des textes spéciaux on trouve encore des situations juridiques bien définies nées de rapports contractuels entre l'Etat et des parti-

(1) Cons. d'Et., 17 juill. 1925, *Ass. amicale du personnel de la banque de France*, *Leb.*, p. 690.

(2) Cons. d'Et., 2 juill. 1915, *Sieur Répéré* (1^{re} esp.) — *Pépin* (2^e esp.), et les concl. de M. le Comm. du Gouv^t Corneille, *Leb.*, p. 223 ; — dans le même sens : Cons. d'Et., 8 mars 1918, *Ass. générale des agents du personnel supérieur des chemins de fer de l'Etat*, *Leb.*, p. 231 ; — 26 mars 1924, *Sieur Holder*, *Leb.*, p. 339.

(3) Cons. d'Et., 2 juill. 1915, *Sieur Cardona*, 3^e esp., *Leb.*, p. 227 ; — 7 février 1919 *Sieur Muller*, *Leb.*, p. 124 ; — 12 mars 1924, *Sieur Bacqué*, *Leb.*, p. 276.

culiers. A titre d'exemple on peut indiquer les difficultés qui ont donné lieu à l'arrêt du 27 juillet 1923 (1). Il s'agissait de définir la situation quelque peu particulière des directeurs de l'Opéra-Comique. Les textes qui fixaient les pouvoirs des directeurs avaient été invoqués pour justifier au profit de ces derniers la qualité de fonctionnaires publics. Le Conseil d'Etat a écarté cette solution. Il a montré qu'il s'agissait tout simplement d'un contrat de concession de service public dont les caractéristiques sont très nettement affirmées.

Ainsi, en définitive, les diverses situations des individus qui prêtent à l'administration le concours de leurs services personnels sont aisées à caractériser. Il n'existe en ce domaine aucune difficulté bien sérieuse. Un seul point délicat doit être, en ce domaine, d'ores et déjà signalé.

Il ne s'agit point des fonctionnaires proprement dits. Ceux-là ont une situation très nette et très aisée à établir. Il s'agit uniquement de contrats conclus dans des conditions analogues à celles qui constitueraient des louages d'ouvrage ou de services dans les conditions du droit civil mais qui, à raison de clauses particulières, ont néanmoins le caractère administratif, relèvent du contentieux administratif. Ces contrats et ces clauses particulières vont faire l'objet d'une étude spéciale. Ils ne se rencontrent point d'ailleurs dans l'unique domaine des services mais aussi dans les autres domaines du droit administratif. Ils seront l'objet d'une étude d'ensemble. La dénomination de « contrats administratifs » leur est plus spécialement réservée. Il convenait simplement d'en signaler immédiatement l'existence (2).

(1) *Sieur Gheusy, Leb.*, p. 639.

(2) Signalons enfin que les distinctions établies entre les divers collaborateurs des services publics, entre ceux qui ont la qualité de fonctionnaires ou, au contraire, de salariés ou de simples titulaires de contrats administratifs, ont leur répercussion dans un autre domaine du droit administratif : celui de la responsabilité. Pour les fonctionnaires proprement dits deux responsabilités peuvent être encourues qui dépendent de juridictions différentes : tribunaux administratifs pour les faits de service, tribunaux judiciaires pour les fautes personnelles. Tous les autres collaborateurs des services publics, à quelque titre et de quelque façon que ce soit, ne sont pas susceptibles d'engager la responsabilité de l'Etat devant les

§ X. Marchés de fournitures

Il nous resterait encore à parler des marchés de fournitures. Nous avons vu, en effet, par quels contrats l'administration se procure les services dont elle a besoin, fait exécuter les travaux qui lui sont nécessaires. Il faudrait préciser également par quels procédés les fournitures mises en œuvre pour l'accomplissement de tous les services sont obtenues des administrés. Il resterait à parler, en définitive des marchés de fournitures.

Or, ces marchés ne sauraient être rangés au nombre des contrats administratifs bien définis. Tout d'abord, en ce qui concerne les marchés de toutes les personnes morales administratives, ils relèvent, à l'exception de ceux de l'Etat, des Tribunaux judiciaires. Il importe peu, d'ailleurs, que la personne administrative intéressée ait stipulé la compétence des juridictions administratives. « Les questions de compétence étant d'ordre public » il n'appartient pas aux parties de déroger aux principes généraux qui dictent leur répartition (1).

Bien entendu, la compétence cesserait d'être judiciaire s'il se trouvait dans le marché un élément de travail public. En ce cas, et en vertu de la théorie attractive des travaux publics exposée ci-dessus, la compétence

tribunaux administratifs. Il ne peut être question à leur sujet que d'une responsabilité de droit commun devant les tribunaux judiciaires. La nature juridique des fonctions exercées conditionne donc également la question des compétences dans le domaine de la responsabilité. (En ce sens Confl., 22 avril 1910, *Bausillon et Cie c/ Dr Bordier et d^{uis} Barrier, Leb.*, p. 322.)

D'une façon générale d'ailleurs, toutes les fois où une question de responsabilité se lie à une question contractuelle, c'est cette dernière qui dicte la compétence. Il y a là un nouveau motif à bien définir la nature de chaque contrat : ceux qui relèvent des tribunaux civils et ceux qui relèvent des tribunaux administratifs. Un arrêt du Conseil d'Etat du 17 novembre 1922 (*Tournois et Humblot, Leb.*, p. 844) en fournit un exemple. Il s'agissait d'un particulier réclamant à l'Etat une réparation à raison de dommages causés à sa propriété par l'armée américaine. La réparation offerte par le Ministre de la Guerre ayant paru insuffisante le Conseil d'Etat avait été saisi du litige. Celui-ci a décidé que les dommages dont réparation était demandée avaient été « causés à leur propriété par les troupes de l'armée américaine qui occupaient ladite propriété en qualité de locataire suivant un bail consenti par les requérants en 1917 ; que ce bail, par sa nature et ses effets, rentre dans les contrats de droit civil et que, par suite, c'est à l'autorité judiciaire et non à la juridiction administrative qu'il appartient de connaître du litige ».

(1) Cons. d'Et., 17 févr. 1926, *Préfet de l'Ain, Leb.*, p. 191.

retournerait aux tribunaux administratifs. C'est du moins une situation particulière. Lorsque le marché est pur et simple, il appelle la compétence judiciaire.

Au contraire, les marchés de fournitures de l'Etat relèvent de la compétence des tribunaux administratifs. Du moins, tel est le principe en vigueur, diamétralement opposé à celui qui régit les autres personnes morales administratives. Ce qui crée, pour ces contrats, une difficulté toute particulière, c'est la dualité des voies de droit offertes à l'administration pour la satisfaction de ses besoins. Elle peut poursuivre la livraison des fournitures dont elle a besoin par le double procédé de la gestion publique (marché de fournitures, de transports) ou de la gestion privée (contrat de louage, de transport ou de vente). Dès lors, en l'absence d'un critérium précis permettant de distinguer l'un des deux modes mis en œuvre, on aperçoit immédiatement toutes les difficultés de compétence qui peuvent surgir pour les marchés de l'Etat.

S'il s'agissait cependant de départir les contrats des administrations autres que ceux de l'Etat, des contrats de l'Etat lui-même, de départir également parmi les contrats de fournitures de l'Etat les marchés administratifs proprement dits des contrats de droit civil, la tâche serait relativement aisée. Mais, ici encore, de même que pour les contrats de fonction publique et de louage de services, il existe également une troisième catégorie de contrats : les « contrats administratifs » proprement dits. Ils se présentent sous la forme de contrats de pur droit civil, mais ils relèvent néanmoins de la juridiction administrative à raison de certaines clauses qui en changent le caractère. Ces contrats particuliers peuvent d'ailleurs se rencontrer dans tous les domaines, qu'il s'agisse de l'Etat ou de toutes autres personnes morales du droit public.

Il ne saurait donc être question dans ce chapitre des marchés de fournitures et des divers contrats qui, sous des formes et par des voies de droit différentes, procurent à l'administration des fournitures et des services identiques. Ces divers contrats feront l'objet du chapitre suivant.

D'autres contrats administratifs tout aussi bien définis que ceux précédemment exposés auraient encore à trouver ici leur place. Il pourrait être question notamment des différentes formes de contrats de concession (1) si nombreuses d'ailleurs et dont les acceptions diverses devraient être l'objet d'une étude distincte. Le nom même de « concession » n'évoque aucune catégorie du droit civil. Il indique, au contraire, immédiatement l'idée d'une opération administrative, qu'il s'agisse d'une concession de service public avec ou sans monopole, d'une concession de créments futurs ou de tout autre mode contractuel de concession.

§ XI. Contrats relatifs aux finances publiques

Pour être également complet il faudrait parler, en outre, des différentes sortes d'emprunts d'Etat dont le contentieux relève indiscutablement des tribunaux administratifs. Deux textes, les lois des 17 juillet 1790 et 26 septembre 1793, postulent la compétence administrative. Au reste, en l'absence de tout texte, la solution ne saurait être différente. Il s'agit d'assurer le fonctionnement d'un service public, celui de la trésorerie. En outre, l'ensemble des règles relatives à l'insaisissabilité des rentes, à l'immunité fiscale, au taux de l'intérêt, à la prescription, aux questions relatives aux inscriptions au Grand Livre de la dette publique, aux oppositions, révèlent un contrat de nature toute spéciale relevant uniquement du droit public et échappant à toutes les prescriptions du contrat (prêt à intérêt tel qu'il est prévu aux articles 1905 et suivants du Code civil). Il existe, là encore, toute une série d'opérations contractuelles nettement caractérisées et qui relèvent également de la juridiction administrative.

(1) V. les concl. de M. Chardenet sous *Gaz de Bordeaux*, 30 mars 1916, *Leb.*, p. 125. « Le contrat de concession y est-il dit, est un contrat d'ordre essentiellement administratif, qui n'a pas d'analogue dans le droit civil. » Vient ensuite un examen des caractères juridiques de ce contrat.

§ XII. Les quasi-contrats

A côté des contrats proprement dits dont l'exécution peut donner lieu à un contentieux il faut également mentionner les quasi-contrats. Ceux-ci trouvent, en effet, leur place en droit administratif. De même qu'une opération peut donner lieu à un contentieux judiciaire ou à un contentieux administratif suivant que l'administration a eu recours au procédé de la gestion privée ou à celui de la gestion publique, de même les quasi-contrats en vertu desquels l'administration s'est obligée peuvent être portés devant l'un ou l'autre des deux ordres de juridictions.

Il ne saurait être question, en ce qui les concerne, de quasi-contrats bien définis. Ainsi que l'exposait M. le Commissaire du Gouvernement Corneille dans ses conclusions sur l'affaire Rigault (1), les actions fondées sur un quasi-contrat, telles que celles résultant de la répétition de l'indû, ont leur base « non pas tant dans un article du Code civil que dans un principe de droit naturel d'après lequel personne ne doit s'enrichir, en définitive, aux dépens d'autrui. Or, si l'action a sa base dans un principe de droit naturel, de droit commun, pourquoi ne pourrait-elle pas jouer quand il y a eu paiement fait par erreur en l'acquit d'un service public ? »

Le Conseil d'Etat a sanctionné la théorie présentée par son Commissaire du Gouvernement. Son arrêt est fondé sur cette considération « que la ville à laquelle incombait l'obligation d'assurer le service public de l'éclairage de la cour « cloître Saint-Honoré » et qui aurait dû, par suite, payer le prix du gaz consommé à cet effet, ne peut pas s'enrichir aux dépens des requérants ». En conséquence, il a été décidé « qu'une telle action qui découle d'un quasi-contrat relatif à l'exécution d'un service public est de

(1) Cons. d'Et., 18 juin 1920, *Sieur Rigault, Leb.*, p. 595, *R. D. P.*, 1921, p. 94. — Rapprocher également : Cons. d'Et., 25 nov. 1921, *Sté Olive, Leb.*, p. 977.

la compétence du Conseil d'Etat, juge du contentieux administratif ».

La solution ainsi présentée dégage une interprétation administrative du quasi-contrat distincte des théories civilistes. Au lieu d'être placée sur le domaine du contrat elle se trouve portée dans le domaine de la responsabilité relatif à l'exécution des services publics. C'est ce qui ressort nettement du passage suivant des conclusions déjà citées dans l'affaire Rigaud : « toutes les actions entre personnes publiques et tiers fondées sur l'exécution, l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un service public sont de la compétence administrative et relèvent, à défaut d'un texte spécial, du Conseil d'Etat, juge de droit commun du contentieux administratif. »

A supposer, au surplus, que l'action née d'un quasi-contrat puisse prendre sa source dans une opération où l'administration en cause serait « réputée avoir agi exactement dans les mêmes conditions qu'un simple particulier », il y aurait lieu d'examiner si les parties en présence ne relèveraient point néanmoins de la gestion publique à raison d'une circonstance particulière de l'affaire. Dans une telle hypothèse la difficulté à résoudre serait exactement de même nature que s'il s'agissait de contrats administratifs *stricto sensu*. Cette question se trouvera donc résolue par la solution adoptée au sujet de ces contrats dans les explications qui suivront. On ne saurait s'y attacher dans ce chapitre consacré aux contrats exactement définis.

§ XIII. Contrats donnant lieu à application de la théorie des actes de gouvernement

Doivent être éliminées, en outre, non seulement de ce chapitre mais des explications qui suivront, toute une catégorie d'opérations contractuelles dans la mesure où elles mettent en jeu la théorie des actes de gouvernement. Les litiges nés de conventions conclues entre des adminis-

trations françaises et des autorités administratives étrangères ne sont pas de nature, aux termes de la jurisprudence du Conseil d'Etat, à être portés devant la juridiction administrative (1).

§ XIV. Contrats conclus à l'occasion de réquisitions

Ajoutons, enfin, en terminant, que les contrats conclus à l'occasion de réquisitions, notamment au cours de la dernière guerre, ne sauraient relever de la compétence administrative. A la suite de réquisitions exercées des conventions ont fixé les modalités desdites réquisitions. Des litiges sont nés au sujet de leur exécution. Les tribunaux administratifs en ont été saisis. Les parties sont allées devant cette juridiction avec une assurance d'autant plus grande que leurs contrats stipulaient la compétence du Conseil d'Etat (2). Celui-ci a déclaré leurs actions non recevables. Il résulte de l'ensemble de cette jurisprudence, d'ailleurs analysée dans les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Rivet au sujet de l'affaire de la Société navale de l'Ouest (3), que le Conseil d'Etat est seulement compétent quant aux actions en responsabilité dirigées contre l'Etat à raison des irrégularités commises à l'occasion des réquisitions. En outre, les irrégularités dont il est question ne doivent pas avoir pour conséquence directe de rendre la dépossession plus onéreuse. S'il en était ainsi la compétence redeviendrait judiciaire, les tribunaux de cet ordre conservant le contrôle le plus étendu sur tous les litiges se rapportant à la fixation de l'indemnité pendant toute la période de la réquisition (4).

(1) Cons. d'Et., 27 janv. 1922, *Cie française de tramways et d'éclairage électrique de Shanghai*, *Leb.*, p. 87; — 23 mars 1923, *Dame Mallet*, *Leb.*, p. 308.

(2) Cons. d'Et., 5 nov. 1920, *Cie de navigation mixte*, *Leb.*, p. 932; 24 mars 1922, *Cie des messageries maritimes*, *Leb.*, p. 280, 3^e esp.; — 11 mars 1925, *Cie des messageries maritimes*, *Leb.*, p. 258.

(3) Cons. d'Et., 24 mars 1922, 1^{er} esp., *Leb.*, p. 278.

(4) Cons. d'Et., 18 mars 1921, *Cie des messageries maritimes*, *Leb.*, p. 335.

§ XV. Conclusions

Cette révision rapide des opérations administratives à caractère contractuel permet de dégager les constatations suivantes. Tout d'abord, il existe un grand nombre de contrats pour lesquels n'existe aucune difficulté relative à la compétence. Les quelques difficultés qui auraient pu surgir néanmoins ont fait l'objet de décisions de jurisprudence en nombre suffisant pour qu'il n'existe plus d'hésitations sérieuses au sujet de la juridiction à saisir.

En second lieu, les difficultés ainsi résolues à propos de chaque contrat mettent en évidence l'erreur de ceux qui voudraient les résoudre par une formule générale. C'est dans une opération d'analyse et non de synthèse qu'il faut donc s'orienter pour régler les incertitudes de compétence qui peuvent se manifester à propos d'un contrat nettement déterminé. Nous avons vu, en effet, des contrats se manifester avec des physionomies très particulières. Nous avons insisté, par exemple, sur tous les contrats qui donnent naissance à une opération de travaux publics. Ces contrats présentent un caractère attractif tout particulier que ne revêtent pas, par contre, les conventions ayant pour but de procurer uniquement des services à l'administration.

Lorsqu'on fait ainsi la somme des domaines où ne règne aucune incertitude en matière contractuelle on est amené à constater, en définitive, que cette somme est fort importante. Pour qui veut bien se donner la peine de connaître les règles fixes, les règles précises applicables à chaque catégorie de contrats, il reste peu de points où l'incertitude règne.

Ces quelques points incertains ainsi circonscrits n'en demeurent pas moins, il est vrai. Il existe, d'ailleurs, des indications suffisamment nombreuses et concordantes pour se prononcer désormais avec toutes les chances d'exactitude. La jurisprudence abondante née des contrats de guerre a apporté une contribution très sérieuse

à la définition de ce domaine incertain des « contrats administratifs » *stricto sensu*. N'appartenant à aucun type défini des contrats conclus par l'administration, les marchés exceptés, il faut examiner les éléments susceptibles d'en révéler l'existence. Lorsque ces éléments seront fournis il n'existera plus aucun domaine contractuel qui n'ait ses règles propres de compétence destinées à sauvegarder les légitimes intérêts des plaideurs.

Sans doute, quelque précision peut toujours faire défaut, quelque difficulté spéciale peut se présenter. Il en résulte toujours un danger quant au choix du juge à saisir. On peut espérer, du moins, que ces circonstances particulières tendront désormais à devenir plus rares et à ne pas dépasser l'aléa normal, l'incertitude inévitable qui s'attache à toutes les institutions humaines. Le facteur le plus important pour dissiper toute cause d'erreur demeure, comme toujours en matière administrative, une connaissance plus approfondie des décisions de jurisprudence. Cette étude doit être, il est vrai, appuyée d'une connaissance des principes généraux dominant le contentieux administratif.

Le rappel de ces principes, l'étude de la jurisprudence, tels sont les deux éléments qui nous restent à examiner pour différencier tous ces contrats du droit administratif ne rentrant dans aucune catégorie juridique bien définie et auxquels est désormais réservé le nom de « contrats administratifs ».

CHAPITRE IV

LES CONTRATS ADMINISTRATIFS “ STRICTO SENSU ”

SOMMAIRE. — *Section I.* Les principes et la solution qu'ils imposent.

— § 1. Situation des juridictions administratives et judiciaires dans l'ancien droit. — § 2. Le principe de la séparation des pouvoirs : a) les textes ; b) évolution du principe de la séparation des pouvoirs. — § 3. Principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires. — § 4. Conclusion. — *Section II.* La jurisprudence. Son évolution jusqu'en 1914. — § 1. Les tribunaux administratifs juges d'attribution. — § 2. Le contentieux administratif par nature. — § 3. La théorie des actes d'autorité et de gestion. — § 4. La théorie du service public. Les principaux arrêts : a) Blanco ; b) Terrier ; c) Feutry ; d) Théron ; e) Compagnie d'assurances « le Soleil » ; f) Société des granits porphyroïdes des Vosges et le dernier état de la jurisprudence administrative à la veille de la guerre. — *Section III.* La jurisprudence. Les contrats administratifs et les critères successifs depuis 1914. — § 1. La notion de service public. — § 2. La notion de contrat administratif et ses rapports avec celle de service public. — § 3. Les tentatives de la jurisprudence pour dégager le signe distinctif des contrats administratifs : a) participation à la gestion du service public ; b) volonté d'adoption du régime de droit public ; c) les différentes natures de services publics et leur hiérarchie ; d) distinction entre l'organisation du service et son exécution. — *Section IV.* La jurisprudence. Son état actuel. — § 1. Les clauses exorbitantes du droit commun. — § 2. Décisions d'incompétence faute de clauses exorbitantes du droit commun : a) transports ; b) louage ; c) affrètements ; d) ventes ; e) autres contrats du droit civil ; f) indications qui se dégagent des décisions d'incompétence. — § 3. Contrats jugés administratifs : a) contrats contenant une référence à un cahier des clauses et conditions générales ; b) arrêts rendus en matière de ravitaillement ; c) arrêts

rendus en matière d'assurances maritimes de guerre ; d) caractères généraux des clauses exorbitantes du droit commun. — § 4. Les marchés de fournitures et leurs rapports avec la théorie générale des contrats administratifs : a) marchés de fournitures de l'Etat ; b) marchés des autres personnes morales administratives. — *Section V. Conclusions.*

SECTION I

LES PRINCIPES ET LA SOLUTION QU'ILS IMPOSENT

§ 1. Situation des juridictions administratives et judiciaires dans l'ancien régime

La question des contrats administratifs, telle qu'elle existe aujourd'hui, ne s'est pas toujours présentée. Elle est juridiquement l'une des plus récentes. L'historique des conditions dans lesquelles elle est née présente un intérêt pour sa solution.

Il n'est pas nécessaire d'entrer dans le détail des juridictions de l'ancien régime. Cette période est toute de formation. Elle ne procède d'aucune organisation théorique. Les juridictions ont été créées au hasard des nécessités par voie de superpositions successives qui ont créé une extrême confusion. La confusion de l'administratif et du judiciaire, notamment, était partout, dans les institutions et dans les lois comme dans les ouvrages des auteurs, tels Domat, de la Marre, l'abbé Fleury, qui ont écrit sur le droit public de notre ancienne France (1). Malgré cela, et par la nature même des choses, il existait des institutions principalement administratives comme le Conseil du Roi, les Intendants, les bureaux d'élections, la Cour

(1) DUCROQ, *Cours de droit administratif*, 7^e éd., t. II, p. 4.

des aides, les bureaux des finances, la table de marbre, la Cour des Monnaies, les Chambres des Comptes. Ces juridictions s'opposaient à d'autres à caractère presque exclusivement judiciaire telles que les présidiaux et les Parlements.

Ainsi, même dans notre ancien droit, on trouve en réalité des tribunaux administratifs et des tribunaux judiciaires. Mais leur compétence est mal déterminée en raison de l'absence de tout principe de séparation. « Cette absence rendait alors impossible dans la jurisprudence, dans les institutions et dans les lois, l'antithèse fondamentale du contentieux administratif dans ses éléments essentiels, et du contentieux judiciaire (1). »

L'une des raisons qui dictait une confusion plus grande des compétences tient à l'idée plus extensive que l'on avait des litiges administratifs. On ne considérait alors, pour attribuer juridiction à l'autorité administrative, que le lien pouvant rattacher le litige à des intérêts généraux. On s'attachait à l'influence que la décision pouvait avoir sur l'action et sur les moyens financiers de l'administration. « On ne tenait pas compte d'autres principes que la législation moderne a reconnus, notamment de ceux qui consacrent la compétence exclusive de l'autorité judiciaire sur les questions de propriété et de répression pénale ainsi que sur le contentieux des taxes indirectes, de quelque nature qu'elles soient (2). »

§ 2. Le principe de la séparation des pouvoirs

La Révolution supprima radicalement toutes les anciennes juridictions. Elle fit place nette. Sur le domaine ainsi dépouillé de tout organisme elle créa une hiérarchie nouvelle de tribunaux. Les idées dont elle s'inspira sont dominées par les théories de Montesquieu sur la sépara-

(1) DUCROCQ, *loc. cit.*

(2) LAFERRIÈRE, *Traité*, t. I, p. 178.

tion des pouvoirs telle qu'on la comprenait à cette époque. Le pouvoir judiciaire s'attachait uniquement aux litiges privés. Ceux dans lesquels était impliquée l'administration relevaient de l'exécutif. Une pensée primordiale avait dicté cette interprétation : le désir d'éviter toute ingérence des tribunaux dans les affaires de l'administration et la crainte de voir se rétablir les pouvoirs exorbitants des Parlements.

a) LES TEXTES

Les textes révolutionnaires reflètent ces diverses préoccupations. Le principe de la séparation des pouvoirs destiné à assurer l'équilibre de l'Etat et la liberté publique a été inséré dans la première déclaration des droits de l'homme. L'article 6 dispose, en effet, « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a pas de constitution ».

Les textes destinés à assurer cette séparation sont très nombreux. Citons simplement ceux qui opposent la fonction judiciaire et la fonction administrative : « Les assemblées de département et de district ne pourront être troublées dans l'exercice de leurs fonctions par aucun acte du pouvoir judiciaire (L. 22 déc. 1789, sect. 3, art. 7). — Le fondement essentiel de cette importante partie de la constitution (1) est que le pouvoir administratif soit toujours maintenu très distinct et de la puissance législative à laquelle il est soumis, et du pouvoir judiciaire dont il est indépendant. La Constitution ne serait pas moins violée si le pouvoir judiciaire pouvait se mêler des choses d'administration et troubler, de quelque manière que ce fût, les corps administratifs dans l'exercice de leurs fonctions. La maxime qui doit prévenir cette autre espèce de désordre politique est consacrée par l'article 7. Tout acte des tribunaux ou des cours de justice tendant à contrarier ou à suspendre le mouvement de l'Administration

(1) 3-14 septembre 1791.

étant inconstitutionnel demeurera sans effet et ne devra pas arrêter les corps administratifs dans l'exécution de leurs opérations (Instr. du 8 avr. 1790 § 6, Explications sur la sect. 3 du décret concernant les fonctions des corps administratifs). — Les fonctions judiciaires seront distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, sous peine de forfaiture, troubler de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions (L. 16-24 août 1790, titr. 2, art. 13). — Les réclamations d'incompétence à l'égard des corps administratifs ne sont, en aucun cas du ressort des tribunaux ; elles seront portées au roi, chef de l'administration générale et, dans le cas où l'on prétendrait que les ministres de Sa Majesté auraient fait rendre une décision contraire aux lois, les plaintes seront adressées au Corps législatif (Décr. 7 oct. 1790). — Les tribunaux ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions (Constit. du 3 sept. 1791, titr. 3, chap. 5, art. 3). — Elles (les administrations départementales et municipales) ne peuvent s'immiscer dans les objets dépendant de l'ordre judiciaire (Constit. 5 fruct. an III, art. 189, § 2). — Les fonctions judiciaires ne peuvent être exercées ni par le Corps législatif, ni par le pouvoir exécutif (art. 202). — Les juges ne peuvent s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif ni faire aucun règlement. Ils ne peuvent arrêter ou suspendre l'exécution d'aucune loi, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions (art. 203). — Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit, sauf aux réclamants à se pourvoir devant le Comité des finances pour leur être fait droit, s'il y a lieu, en exécution des lois... (L. 16 fructidor an III.) ,

b) ÉVOLUTION DU PRINCIPE DE LA SÉPARATION
DES POUVOIRS

Ainsi, le droit révolutionnaire a accumulé les textes destinés à réserver à l'administration la connaissance des litiges où elle serait impliquée. Mais un facteur nouveau est intervenu qui a préparé les voies à une nouvelle interprétation de la séparation des pouvoirs. Dans le domaine de l'exécutif, les nécessités de la division du travail ont amené une séparation entre les fonctions administratives proprement dites et le contentieux administratif. Cette séparation est l'œuvre de la constitution du 22 frimaire et des lois des 28 pluviôse et 5 nivôse an VIII. L'Assemblée Constituante, sauf les litiges soulevés par les impôts indirects, avait enlevé aux tribunaux civils la connaissance du contentieux administratif et l'avait attribuée aux corps mêmes chargés de l'administration active : les directoires de district et de département. En l'an III, le contentieux administratif avait été attribué aux administrations départementales. Le Conseil créa, pour le juger, des tribunaux administratifs spéciaux. C'était, en première instance, le Conseil de préfecture, dont la loi du 28 pluviôse (art. 4) déterminait soigneusement la compétence. Il est vrai que ce corps était encore mêlé à l'administration active, mais bien moins directement que les anciens directoires et administrations de département, car, d'après la loi, (art. 3) « le préfet était seul chargé de l'administration ». Au-dessus fut institué le Conseil d'Etat. Il recevait les appels des Conseils de préfecture et devait parfois statuer en première et en dernière instance ou jouer le rôle de Cour de Cassation. La constitution (art. 52) en faisait une de ses principales attributions : « Sous la direction des Consuls le Conseil d'Etat est chargé de rédiger les projets de loi, les règlements d'administration publique et de régler les difficultés qui s'élèvent en matière administrative. » Sans doute, le Conseil d'Etat intervenait aussi dans l'administration active, mais de haut. La dignité et la valeur

de ses membres étaient par elles-mêmes des garanties et bientôt s'élabora une jurisprudence. Les tribunaux administratifs s'opposèrent alors aux tribunaux judiciaires.

Toutefois, l'opposition ne fut d'abord qu'apparente. Les décisions du Conseil d'Etat en matière contentieuse étaient de simples avis, tout au moins dans la forme. Il fallait que le chef de l'Etat se les approprie pour qu'ils deviennent des décisions exécutoires. Il n'y avait point d'arrêts mais des décisions administratives. La loi du 3 mars 1849, vite abolie par le second Empire, fut enfin rétablie dans tout son sens par la loi du 24 mai 1872. Depuis lors, le Conseil d'Etat décida par lui-même et rendit des arrêts à l'instar de toutes les cours de justice. La libération du contentieux administratif entraîna, d'ailleurs, la création de nouvelles juridictions administratives qui vinrent encore souligner l'importance de la substitution de la justice déléguée à la justice retenue. Depuis cette époque il existe vraiment un corps administratif de juridictions qui peut être opposé aux tribunaux judiciaires.

La notion fausse d'une juridiction réservée aux ministres et à certains de leurs subordonnés ayant ainsi disparu, la véritable portée du principe de la séparation des pouvoirs est apparue. Il n'y a point lieu de rechercher ici s'il existe deux ou trois pouvoirs, s'il existe un pouvoir judiciaire distinct de celui chargé d'exécuter la loi. Tenant, par hypothèse, et surtout par nécessité pratique, le pouvoir de juger comme nécessairement distinct de celui de légiférer et d'administrer ; — ou, au contraire, considérant le pouvoir de juger comme une des manifestations du pouvoir d'exécuter, il faut toujours aboutir au même dilemme.

Ou bien l'autorité administrative n'est pas une véritable juridiction ; en ce cas, lui attribuer des litiges ce n'est pas respecter le principe de la séparation, c'est le violer puisqu'on fait rendre des jugements par un pouvoir autre que celui chargé de juger.

Ou bien, au contraire, les juges administratifs sont de véritables juges ; en ce cas, le dédoublement du pouvoir

judiciaire en deux juridictions, l'une civile, l'autre administrative, suivant la nature civile ou administrative des litiges, est une séparation simplement des compétences et non pas des pouvoirs. Attribué aux juges civils ou attribué aux juges administratifs, le pouvoir judiciaire n'en reste ni plus ni moins séparé des autres pouvoirs lesquels légifèrent et administrent sans jamais juger (1).

Cette dernière conception s'est définitivement imposée depuis la loi du 24 mai 1872. Sans doute, elle n'a pas été admise d'emblée. Dans son célèbre Traité, M. Laferrière plaçait le contentieux administratif dans une zone mixte, entre l'administration et le pouvoir judiciaire (2). « Entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, écrivait-il, il y a une mission mixte à remplir, celle qui consiste à prononcer sur les contestations administratives. Cette mission est mixte à un double point de vue : d'abord, parce que l'administrateur, par la nature même de ses fonctions, est obligé d'exercer dans beaucoup de cas une sorte d'arbitrage de fait et de droit, sans lequel son action risquerait d'être paralysée par toutes les oppositions qu'elle rencontre ; d'où il suit que le fait d'administrer implique forcément le droit de décider ; — en second lieu, parce que le droit de décision inhérent à la fonction administrative et la force exécutive qui y est attachée ne doivent pas, en bonne justice, s'imposer aux citoyens sans que ceux-ci puissent les contester devant une autorité plus désintéressée, plus accessible à des débats juridiques contradictoires. »

Le pensée du savant auteur se trouve actuellement dépassée. « Le contentieux administratif est bien resté, pour la plus grande partie, hors du domaine des tribunaux judiciaires ; mais il a tendu constamment à s'organiser cependant sous la forme de la justice en passant de l'administration proprement dite à *des juridictions adminis-*

(1) Georges DEVIN, *loc. cit.*

(2) T. I, p. 11-12. Dans le même sens : RENARD, *Notions très sommaires de droit public français*, p. 48-49.

tratives, organisées et fonctionnant à peu près comme les tribunaux judiciaires (1). »

On est donc bien en droit de considérer désormais le pouvoir judiciaire comme la source, le fondement d'un double contentieux : administratif et judiciaire.

A cette situation correspond, d'ailleurs, une terminologie appropriée. Il est d'usage, en effet, de dire que le pouvoir judiciaire comprend deux ordres de juridictions : les juridictions de l'ordre administratif et celles de l'ordre judiciaire. Cette notion d'ordre souligne d'une façon parfaite les distinctions nécessaires entre les matières qui relèvent de l'un ou l'autre de ces deux ordres. Elle manifeste également l'erreur qu'il y aurait à considérer les juridictions administratives comme des tribunaux d'exception par rapport aux tribunaux civils. « Entre deux juridictions dont l'objet est complètement différent, il ne peut pas y avoir la relation qui existe entre un tribunal ordinaire et un tribunal d'exception, car cette division implique que la comparaison s'établit entre des juridictions du même ordre. Les juges de paix et les tribunaux de commerce sont des juges d'exception, par rapport aux tribunaux civils de première instance... Mais la juridiction administrative s'applique à un ordre de différends auxquels ne s'étend pas naturellement la compétence des tribunaux ordinaires, et elle n'est pas plus un démembrement de la juridiction civile que celle-ci n'est une émanation de la juridiction administrative (2). » En définitive, « à quelque point de vue qu'on se place... on verra que les deux espèces de justices ressemblent à deux fleuves qui, après avoir pris leur source au même point, se séparent à leur naissance, pour couler dans des lits différents et ne plus mêler leurs eaux (3). »

Unité de justice, délégation unique du pouvoir exécutif à un pouvoir judiciaire unique : voici un premier principe.

(1) ESMEIN : *Éléments de droit constitutionnel*, 7^e éd. revue par NÉZARD, t. I, p. 533.

(2) A. BATBIE, *Droit public et adm.*, t. VII, p. 426.

(3) *Ibid.*

Dualité d'organismes chargés d'assurer la distribution de la justice : voilà un second principe, voilà l'ordre établi au sein des juridictions. Ce second principe trouve sa raison d'être dans un motif d'ordre pratique, dans la nécessité d'une bonne organisation de la justice. En effet, la catégorie des litiges administratifs n'est ni moins importante, ni moins spéciale, ni moins difficile que la catégorie des litiges criminels ou commerciaux. Le droit administratif a ses règles propres, ses principes particuliers, ses théories adaptées à la nature des litiges dont il est appelé à connaître. Il est difficile d'exiger des magistrats une connaissance très approfondie des principes du droit civil et du droit administratif. S'il est apparu nécessaire d'exercer une division du travail devant les litiges civils à fortiori convenait-il de séparer nettement les litiges civils des litiges administratifs.

Une telle séparation est d'autant plus nécessaire que les deux grands courants juridiques se meuvent sur des plans différents. Le droit administratif relève du droit public, alors que le droit civil ou le droit commercial relèvent du droit privé. En particulier, les doctrines administratives ont des points communs avec celles du droit privé. Or, le fait que l'une des parties en présence devant les juges administratifs est toujours une personne administrative, la nécessité où se trouvent les juges de concilier l'intérêt général et les intérêts particuliers pour obtenir un équilibre satisfaisant des intérêts qui s'opposent, a amené une déformation des théories civilistes lors de leur adaptation au domaine administratif. Il serait donc à craindre, s'il existait un juge unique pour toutes les contestations, que les conceptions civilistes n'annihilent le droit administratif. On pourrait craindre également que les tribunaux civils ne manifestent qu'une indépendance, ou plus exactement qu'une autorité diminuée vis-à-vis de l'administration qui imposerait ses solutions aux dépens des particuliers.

En définitive, le droit administratif a une physionomie très particulière. Plus qu'aucun autre il est fait de traditions sans cesse rajeunies par les nécessités de la vie publique.

Il a besoin d'adaptations rapides et d'une grande souplesse. Il répond à sa mission car il n'est pas figé dans les textes de codes quasi-immuables. Il est avant tout un état d'esprit, un droit non écrit, prétorien.

§ 3. Le principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires

On comprend, dans ces conditions, le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires que les auteurs modernes ont formulé. Le transfert du contentieux administratif du pouvoir exécutif au pouvoir judiciaire a rendu sans portée à son sujet le principe de la séparation des pouvoirs. Il fallait cependant maintenir une distinction entre les deux ordres de juridictions. Les raisons précitées militaient en ce sens. Le principe de la séparation des autorités a satisfait à cette nécessité (1).

Toute la différence entre la situation actuelle et celle existant au début du ^{xix}^e siècle tient donc à la différence des motifs qui ont dicté le maintien d'un régime distinct pour chacun des deux ordres de juridictions. A un motif de politique gouvernementale, d'équilibre des pouvoirs a été substitué un motif tiré de la nécessité de pourvoir les administrés d'une bonne justice. Une justice ne peut donner satisfaction, en effet, que dans la mesure où les juges sont instruits des principes qu'ils auront à faire prévaloir, s'ils ont l'esprit juridiquement formé aux disciplines en rapport avec les règles de droit à appliquer.

Or, en fait, il est constant que la plupart des civilistes ignorent les principes directeurs du droit administratif. Du moins, ils en ont une connaissance insuffisante pour en assurer non seulement l'application mais la vie. On conçoit sans difficulté, en ce sens, la suppression des tri-

(1) Les décisions de jurisprudence, celles notamment du Tribunal des Conflits, se réfèrent toujours au principe de la séparation des pouvoirs. Les textes qu'elles visent sont les lois des 16-24 août 1790 et 16 fructidor an III.

bunaux militaires ou des juridictions consulaires. Les tribunaux civils et les tribunaux répressifs de droit commun pourvoiraient aisément à leur remplacement. Il s'agit d'une même méthode juridique, d'une même application logique de textes et de codes. Il est aisé à un juge des tribunaux judiciaires d'étendre le champ de son information. Au reste, il existe d'ores et déjà une pénétration plus ou moins grande de ces diverses sortes de juridictions puisque l'appel des jugements des tribunaux de commerce relève des cours d'appel et que les pourvois formés contre les décisions des conseils de guerre sont portés devant la chambre criminelle de la Cour de Cassation.

S'il est aisé d'imaginer une unité de juridictions pour tous les litiges qui relèvent aujourd'hui des tribunaux de l'ordre judiciaire, on concevrait bien mal une extension de cette activité aux tribunaux de l'ordre administratif. Certaines matières, sans doute, s'accommoderaient de cette transformation. Ce sont les opérations qui, par leur nature, relèveraient des tribunaux judiciaires mais qui, en vertu d'un texte spécial, relèvent actuellement des tribunaux administratifs. Tel est le cas pour les ventes domaniales de l'Etat. Des projets de réforme de la juridiction administrative ont explicitement visé le retour de cette matière au domaine réservé à la compétence judiciaire (1).

Cette réserve étant faite, il faut convenir que les litiges administratifs ne sauraient être confiés aux tribunaux judiciaires. Cette impossibilité tient aux caractères nettement différenciés des deux contentieux c'est-à-dire, en définitive, à l'opposition absolue existant entre le droit administratif et le droit civil. Il faut toujours aboutir à cette conclusion qu'un contentieux administratif s'est révélé nécessaire parce qu'il existe un droit administratif doué de caractères propres, irréductibles au droit privé.

Même lorsqu'il s'agit de notions communes aux deux ordres de juridiction il y a lieu à application de principes

(1) Sur les projets de réforme de la juridiction administrative Cf. *R. D. P.*, 1918, p. 65.

différents. Tel est le cas, par exemple, pour la théorie de la responsabilité ou pour celle des contrats. Les difficultés sont même plus sérieuses dans cette hypothèse car il est difficile d'imaginer un même juge chargé de conduire l'évolution de la même théorie dans deux directions nettement différenciées.

§ 4. Conclusions

L'examen de l'évolution subie par la juridiction administrative, au regard du principe de la séparation des pouvoirs, nous amène ainsi au nœud de la difficulté en ce qui concerne la limite des compétences dans les deux ordres de juridiction. L'existence d'un droit administratif distinct du droit civil a nécessité une séparation du pouvoir judiciaire en deux ordres de juridictions. S'agit-il de principes administratifs à appliquer, les tribunaux administratifs sont compétents. S'agit-il, au contraire, de principes du droit privé, il faut recourir aux tribunaux judiciaires. La solution paraît très simple. Elle l'est, d'ailleurs, lorsqu'il s'agit de contrats administratifs bien définis, dont les caractères sont fixés par une jurisprudence constante, dont les types relèvent exclusivement du droit administratif.

Par contre, lorsqu'il s'agit de contrats administratifs *stricto sensu*, c'est-à-dire de contrats qui revêtent les caractères de contrats de droit privé tout en contenant certaines clauses qui les rattachent au contentieux administratif bien des doutes surgissent. Ce sont ces contrats en marge du droit civil et du droit administratif qu'il s'agit de caractériser. L'unique guide en cette matière ne peut être que la jurisprudence du Conseil d'Etat éclairée par les conclusions de ses Commissaires du Gouvernement. Il s'agit avant tout, dans ce domaine, d'une question pratique. Il ne saurait être question de ce qui devrait être mais uniquement de ce qui est. Il faut que le plaideur, avant d'introduire une instance soit aussi exactement informé que possible du sens dans lequel il sera statué sur

la compétence. Un seul guide se présente à lui en cette occurrence : la jurisprudence. Par ce qui a été précédemment jugé dans des espèces analogues, il pourra inférer la solution qui interviendra à son égard.

Avant d'aborder l'examen de la jurisprudence du Conseil d'Etat et du Tribunal des Conflits on peut d'ores et déjà induire en quel sens les décisions se sont trouvées orientées. Nous avons vu, en effet, que la compétence administrative avait pour fondement l'existence d'un droit administratif entièrement distinct du droit civil. Dans le domaine des contrats, il ne pourra donc y avoir compétence administrative qu'autant qu'une ou plusieurs clauses se révéleront avec un caractère nettement administratif. On ne peut concevoir, en effet, que les tribunaux judiciaires puissent en connaître. Si l'utilité des tribunaux administratifs était déniée à l'égard d'une seule clause quelconque, il n'existerait aucune raison de ne point la dénier pour plusieurs clauses administratives. Ce serait conclure, contrairement à ce qui a été dit, au juge universel dont l'omni-compétence mettrait fin à toutes les difficultés sur les limites des diverses juridictions.

En dehors de cette idée générale suggérée par la notion même de contentieux administratif, il resterait encore à définir quelles sont les clauses proprement administratives. Ici, la jurisprudence seule peut servir de guide. Il convient donc d'en aborder l'examen au double point de vue des théories générales qui en ont guidé le développement et des solutions d'espèce destinées à dégager, par leur ensemble, des indications utiles sur la nature des clauses administratives.

SECTION II

LA JURISPRUDENCE. SON ÉVOLUTION JUSQU'EN 1914

§ 1. Les tribunaux administratifs juges d'attribution

Deux périodes bien différentes doivent être distinguées dans l'étude du contentieux administratif : celle qui a précédé et celle qui a suivi l'année 1903. Dans la première de ces deux périodes on assiste à l'évolution dont les grandes lignes viennent d'être indiquées. Les textes révolutionnaires avaient posé la question de savoir quelles sont les actions qui ressortissent aux juridictions administratives et quelles sont celles qui doivent être soumises aux tribunaux civils.

La jurisprudence avait résolu cette question d'une façon fort simple. Pour elle, la juridiction administrative était une juridiction d'exception ; elle n'était compétente que dans les cas prévus par la loi. Un texte était nécessaire pour qu'un litige lui soit renvoyé. L'autorité judiciaire possédait la plénitude de juridiction. Comme l'a écrit Dalloz dans son répertoire en 1848 « la compétence des tribunaux civils s'étend à tous les genres de contestations qui n'ont pas été expressément distraits de leur juridiction ». Dans cette doctrine, les justiciables n'avaient pas ou ne devaient pas avoir d'hésitation. Il leur suffisait de connaître la loi pour déterminer le juge de leur action. Pour le juge le doute n'existait pas davantage : le tribunal civil était compétent si on ne lui présentait pas un texte qui le dessaisisse, le tribunal administratif ne pouvait statuer que si un texte l'y habilitait expressément.

§ 2. Le contentieux administratif par nature

L'influence de la doctrine et la force intime des réalités juridiques amenèrent une modification de cette jurisprudence. En effet, si, comme on l'écrivait dès le début du ^{xix}^e siècle, la distinction entre les matières administratives et, les matières judiciaires a sa source dans la nature même des choses, une idée toute autre devait servir à définir les matières ressortissant aux tribunaux civils ou aux juridictions administratives. Le contentieux de certains actes devait apparaître dicté moins par la loi que par l'objet et le caractère de ces actes. Il est des opérations qui ne peuvent être gouvernées par les principes du droit civil, parce qu'elles sont la manifestation de l'activité de l'administration. La loi ayant posé un principe de séparation cette règle doit être appliquée dans tous les cas où existe sa raison d'être, même dans le silence de la loi. Le juge administratif n'est pas seulement un juge d'attribution. En face de l'autorité judiciaire, il est un juge administratif qui possède, dans les matières administratives, plénitude de juridiction.

Cette seconde conception, plus souple que la première, ne pouvait naître que dans un état déjà avancé du droit administratif. Elle supposait que le droit administratif ait pris conscience de lui-même et se soit dégagé des règles étroites qui l'enserraient à ses débuts. Elle impliquait l'existence d'une doctrine administrative qui ait, comme la doctrine civiliste, ses principes généraux et possède les éléments nécessaires pour résoudre, en l'absence de la loi, les questions nouvelles nées de l'évolution et du progrès des mœurs publiques. Il fallait, en particulier, qu'elle puisse dégager un critérium qui permette de distinguer ce que l'on a appelé le contentieux administratif par nature par opposition au contentieux administratif par détermination de la loi.

§ 3. La théorie des actes d'autorité et de gestion

Ce critérium nécessaire, la jurisprudence du Conseil d'Etat a cru le trouver dans la distinction des actes d'autorité et de gestion. Cette distinction a inspiré la jurisprudence du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation jusqu'en 1903. Elle n'a d'ailleurs jamais été formulée de manière doctrinale par l'une ou l'autre de ces deux juridictions. Elle découle seulement de leurs arrêts. Les auteurs du droit administratif, par contre, MM. Aucoc (1), Laferrière (2), Ducrocq (3), l'ont synthétisée et soutenue tour à tour.

C'est dans le Traité de M. Laferrière, en particulier, que cette doctrine a trouvé son expression la plus parfaite et la plus rigoureuse. D'après cet auteur, le droit civil règle les rapports d'individu à individu, de personnes placées juridiquement sur un plan identique et ayant des droits et des obligations pouvant s'équilibrer. L'Etat considéré comme personne morale peut également se trouver dans ces mêmes conditions. Tel est le cas lorsque l'administration agit « en qualité de gérant et d'intendant des services publics ». Dans cette hypothèse « les facultés que l'administration exerce... n'excèdent pas, en général, celles que les citoyens possèdent en vertu du droit privé ou qu'ils peuvent s'attribuer par des stipulations librement consenties ». Les actes ainsi accomplis constituent à proprement parler les actes de gestion. Ils relèvent normalement du contentieux judiciaire.

Ainsi « on ne doit donc pas considérer, comme échappant de plein droit à la compétence judiciaire, tout acte émané de l'administration, toute opération accomplie ou prescrite par elle en vue d'un intérêt général ». Par contre, doivent être soumis de plein droit à la compétence admi-

(1) *Conférences sur le droit administratif*, 3^e éd., 1885, t. I, n^o 292.

(2) *Traité*, t. I, p. 477, 484 et suiv.

(3) Ducrocq, *Cours de droit adm.*, 7^e éd., t. I, n^o 64 et suiv. V. aussi BERTHÉLEMY, *Traité de dr. adm.*, 11^e éd., 1925, p. 1088.

nistrative « les actes et les opérations qui se rattachent à l'exercice de la puissance publique et qui excèdent, à ce titre, les facultés des citoyens ». Le principe d'égalité qui présidait aux actes de gestion ne trouve plus ici son application, « c'est le principe d'autorité qui domine : droit de commandement d'un côté, devoir de soumission de l'autre. Les actes que l'administration accomplit en vertu de cette délégation, les règles qu'elle édicte, les droits qu'elle confère, les injonctions ou les interdictions qu'elle prononce, portent l'empreinte d'un pouvoir propre : ce sont des actes de puissance publique, des actes administratifs dans le sens qu'on peut donner aux lois de 1790 et de l'an III. » Ces actes se caractérisent d'un mot par opposition aux actes de gestion : ce sont des actes d'autorité. Ils relèvent normalement du contentieux administratif.

D'après cette doctrine ainsi précisée, les contrats apparaissent comme des actes de gestion au premier chef. Un contrat est un acte de gestion parce que les particuliers font de semblables opérations juridiques. Il ne change pas de nature parce qu'il est conclu par l'administration. Les contrats passés par l'administration peuvent toujours trouver dans le droit civil leurs types correspondants.

Un contrat est donc, suivant le droit commun, de la compétence des tribunaux judiciaires. En effet, le contentieux administratif est essentiellement celui des actes d'autorité et les actes d'autorité ne contiennent aucun élément contractuel. Sans doute, certains contrats sont attribués à la compétence administrative (marchés, ventes domaniales) mais c'est en vertu de textes ayant soustrait ceux-ci à leur contentieux normal, le contentieux judiciaire. Or, les textes ne sont pas l'application d'une règle générale mais une dérogation au droit commun.

La critique a reproché à cette théorie d'être trop sommaire. Il y a bien des cas, a-t-on observé, où l'administration n'agit que par voie de commandement, et d'autres où elle se soumet volontairement aux procédés du droit privé ; mais, entre ces deux positions extrêmes, il y a toute une gamme de procédés, mélangés de droit commun

et de puissance publique, et la théorie des actes d'autorité et des actes de gestion ne fait aucune place à ces actes (1). Par ailleurs, l'idée d'égalité économique sur laquelle reposerait la théorie a été jugée inexacte par des auteurs tels que M. Hauriou : « En fait, a-t-il écrit, dans les contrats administratifs passés pour la gestion des services publics, l'administration ne traite pas sur pied d'égalité, elle se réserve des privilèges. Outre le privilège de juridiction, faut-il rappeler tous ceux que peut imaginer l'Etat créancier et l'Etat débiteur ? Faut-il rappeler qu'en principe les décisions administratives, dans les relations de l'Etat et de ses entrepreneurs et fournisseurs, ont la même vertu que des décisions juridictionnelles pour les résiliations et la mise en régie ? Que tout contrat passé pour les services publics de l'Etat s'exécute par des décisions administratives et que ces décisions ont le privilège ordinaire de l'exécution provisoire ? Qu'elles permettent toujours à l'administration d'aller unilatéralement jusqu'au bout de son droit et qu'elles imposent au contractant qui veut réclamer l'obligation de prendre le rôle de demandeur ? Qu'en un mot l'administration conserve toujours le privilège du préalable qui est l'attribut essentiel de la puissance publique ? Il ne faut pas s'en tenir à la façade quand on examine les contrats administratifs ; il faut pénétrer dans le détail intérieur. Pour les marchés de travaux publics, par exemple, il faut étudier le cahier des clauses et conditions générales et se rendre compte de la situation subordonnée qu'il fait à l'entrepreneur. Donc, même dans les actes de gestion contractuelle, il n'y a pas la situation d'égalité qui est le propre de la vie privée, il s'y manifeste, au contraire, une inégalité et une subordination qui sont la caractéristique de la puissance publique. »

(1) Cf. J. SUDRE, *La compétence du Conseil d'Etat en matière de contrats*, p. 18 et s. Sur cette question des actes d'autorité et de gestion cf. également : HAURIOU, *Principes de droit public*, 1^{re} éd., 1910, p. 484 ; DUGUIT, *Droit constitutionnel*, 2^e éd., 1923, t. III, p. 41. Contra : BERTHÉLEMY, *Traité de dr. administratif*, 9^e éd., p. 58.

On a reproché, enfin, à cette théorie de reposer sur une fausse conception du caractère juridique des personnes morales administratives. Elle aurait arbitrairement décomposé la personne de l'Etat en une personnalité publique et en une personnalité privée, la première accomplissant les actes de puissance publique, la seconde les actes de gestion. Il y aurait eu opposition tout au moins entre la puissance publique et la personnalité morale alors que ces deux éléments sont inséparables. En effet, l'Etat est une personne morale aussi bien lorsqu'il accomplit des actes d'autorité que lorsqu'il accomplit des actes de gestion (1). En soustrayant la puissance publique à la personnalité morale on en serait arrivé à mettre l'Etat puissance publique hors du droit.

Ces raisons, et d'autres encore, sont tenues actuellement pour décisives. La théorie des actes de gestion et d'autorité est aujourd'hui signalée par les auteurs comme entièrement désuète. Les raisons qui l'ont fait délaisser ne sont même pas rappelées par eux. Seul, parmi les auteurs modernes, M. Berthélemy manifeste quelque regret de son abandon tout en reconnaissant qu'il n'est plus possible de revenir en arrière et d'éliminer le nouveau critérium adopté en 1903 : celui du service public.

§ 4. La théorie du service public.

Les principaux arrêts

Le changement de jurisprudence qui a substitué à la notion d'acte d'autorité et de gestion celle de service public n'a pas été l'œuvre d'une seule décision. Cette modification profonde dans les théories administratives avait été préparée de longue date par un certain nombre de décisions intervenues dans le domaine de la responsabilité. La plus importante est l'arrêt Blanco du 8 fé-

(1) MICHOUD, *La théorie de la personnalité morale*, 2^e éd., t. I, p. 277 et s.

vrier 1873 (1). Elle avait elle-même été préparée par une décision qui remontait à l'année 1855 (2).

a) ARRÊT BLANCO

Dans l'arrêt Rotschild de 1855 le Conseil d'Etat avait déjà posé en principe que les rapports, les droits et les obligations nés de l'exécution des services publics « ne peuvent être réglés selon les principes et les dispositions du seul droit civil et comme ils le sont de particulier à particulier ». L'arrêt des Conflits de 1873 est plus affirmatif et surtout plus explicite. Les principes ont déjà pris corps. La décision manifeste plus d'assurance : « La responsabilité qui peut incomber à l'Etat, pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particulier à particulier... Cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue... ; elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés... ; dès lors, l'autorité administrative est seule compétente pour en connaître. »

En dehors des principes ainsi affirmés, cet arrêt présente une autre importance. Il ne se fonde plus sur les anciens textes relatifs à la liquidation des dettes de l'Etat. Il invoque purement et simplement le principe de la séparation des pouvoirs et la loi du 24 mai 1872. Il abandonne ainsi définitivement en matière de responsabilité le principe d'une compétence fondée par des textes mais adopte celui d'un contentieux administratif par nature.

(1) *D. P.*, 73. 3. 17 ; — *S.*, 73. 3. 153.

(2) *Cons. d'Et., Rotschild c/ Larcher et adm. des postes, D. P.*, 1859. 3. 34

b) ARRÊT TERRIER.

Une jurisprudence aussi stable, apportant au régime des compétences des avantages indéniables de précision et de clarté, devait faire sentir son influence en d'autres domaines. Tôt ou tard des efforts de transposition devaient s'effectuer dans le domaine des contrats. Ces efforts ont été effectivement tentés. Ils ont trouvé leur expression dans un arrêt du Conseil d'Etat du 6 février 1903 (aff. Terrier c / Département de Saône-et-Loire) rendu conformément aux conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Romieu (1). Il s'agissait, dans cette affaire, de l'engagement pris par le Conseil Général d'allouer une prime de 0 fr. 25 pour la destruction de toute vipère. Un sieur Terrier en avait tué un tel nombre que le Préfet se refusait à ordonnancer sa créance qui dépassait largement le crédit voté. Le sieur Terrier avait d'abord saisi d'une réclamation le Conseil de préfecture qui s'était déclaré incompétent. Il avait ensuite porté son action devant le Conseil d'Etat.

Dans la première partie de ses remarquables conclusions, M. Romieu rappelle le vieux principe de la compétence fondé sur le texte de la loi. Il observe que, pour les marchés de l'Etat, la compétence est administrative en vertu du décret du 11 juin 1806. Par contre, en l'absence d'un texte identique pour les contrats des départements et des communes, la compétence devrait être judiciaire. Mais, ajoute M. Romieu, la théorie du contentieux des services publics communaux est depuis une quinzaine d'années en pleine évolution. Il y a donc lieu de poser de nouveaux principes répondant aux tendances manifestées depuis plusieurs années dans le sens d'une extension du contentieux administratif.

Le principe dominant, autour duquel ont été groupées toutes les observations si intéressantes dégagées de cette affaire, est celui de la compétence du Conseil d'Etat pour

(1) Voir ces conclusions : *D. P.*, 1904. 3. 65.

tous les litiges se rattachant à l'exécution d'un service public. La raison décisive invoquée pour l'adoption de cette solution est celle déjà signalée : l'heureuse influence de la théorie du service public dans le domaine de la responsabilité.

« Si l'on admet ce principe, a exposé M. Romieu, comme base juridique unique de la compétence administrative pour les rapports entre le service public et les tiers dans l'ordre quasi-délictuel, on doit l'admettre également à fortiori pour les rapports contractuels qui naissent de l'organisation et du fonctionnement du service public. »

Le principe fondamental une fois posé il suffit d'en tirer les conséquences. Tout d'abord, puisque la compétence est de plein droit administrative, toutes les fois où un service public est en jeu les textes qui proclament la compétence administrative dans les matières qui constituent la sphère d'action des services publics n'ont plus aucune portée. On ne doit plus les considérer comme créant une compétence exceptionnelle mais comme faisant une application pure et simple du principe de la séparation des pouvoirs.

En second lieu, il n'y a plus lieu de faire de distinctions entre la collectivité Etat et les autres collectivités administratives. Qu'il s'agisse, en effet, des intérêts nationaux ou des intérêts locaux, du moment où l'on est en présence de besoins collectifs auxquels les personnes publiques sont tenues de pourvoir, la gestion de ces intérêts ne saurait être considérée comme gouvernée nécessairement par les principes du droit civil. La notion de service public, identique en son fond pour toutes les personnes morales administratives, postule nécessairement pour toutes ces personnes sans distinction l'unité de juridiction.

En troisième lieu, la notion de service public doit réagir sur le contentieux né des rapports des personnes morales avec leurs agents. Jusqu'alors relevaient des tribunaux administratifs les seuls fonctionnaires dont le contrat comportait un élément de puissance publique. L'idée de puissance publique, de commandement

n'intervenait pas dans les rapports tels que ceux existant entre une commune et un employé du bureau de la mairie. Désormais les litiges qui naîtront entre de telles personnes relèveront du contentieux administratif au titre de contrats administratifs par nature « parce qu'ils sont la condition essentielle de la marche des services publics communaux ».

Les solutions ainsi dégagées ont été présentées par M. Romieu comme l'aboutissement d'une jurisprudence antérieure dont il a précisé les étapes. Il a d'ailleurs, dans les termes suivants, résumé lui même la doctrine qu'on en pouvait dégager : « Tout ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des services publics proprement dits, généraux ou locaux, soit que l'administration agisse par voie de contrat, soit qu'elle procède par voie d'autorité, constitue une opération administrative qui est, par sa nature, du domaine de la juridiction administrative au point de vue des litiges de toutes sortes auxquels elle peut donner lieu. » Ou encore, sous une autre forme : « Toutes les actions entre les personnes publiques et les tiers ou entre ces personnes publiques elles-mêmes et fondées sur l'exécution, l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un service public, sont de la compétence administrative et relèvent, à défaut d'un texte spécial, du Conseil d'Etat, juge de droit commun du contentieux de l'administration publique ou locale. »

Ces conclusions si fermes sur le lien de connexité entre le service public et le contentieux administratif se sont trouvées tempérées par quelques réserves. Celles-ci sont relatives aux circonstances « où l'administration doit être réputée agir dans les mêmes conditions qu'un simple particulier et se trouve soumise ainsi aux mêmes règles comme aux mêmes juridictions ». Ces réserves marquent la distinction entre ce que l'on a appelé la gestion publique et la gestion privée. La gestion privée entraîne la compétence judiciaire. Elle peut avoir lieu soit à raison de la nature du service qui est en cause, soit à raison de l'acte qu'il s'agit d'apprécier.

La nature du service détermine la compétence judiciaire toutes les fois où il s'agit du domaine privé d'une personne publique. On considère, en ce cas, que la personne publique agit comme personne privée, comme un propriétaire ordinaire dans les conditions du droit commun. — D'autre part, il faut tenir compte de la nature de l'acte qu'il s'agit d'apprécier. Il peut se faire, en effet, que « l'administration tout en agissant non comme personne privée mais comme personne publique, *dans l'intérêt d'un service public proprement dit*, n'invoque pas le bénéfice de sa situation de personne publique et se place volontairement dans les conditions du public, soit en passant un de ces contrats de droit commun d'un type nettement déterminé par le Code civil (location d'un immeuble, par exemple, pour y installer les bureaux d'une administration) qui ne suppose par lui même l'application d'aucune règle spéciale au fonctionnement des services publics, soit en effectuant une de ces opérations courantes que les particuliers font journellement, qui supposent des rapports contractuels de droit commun et pour lesquelles l'administration est réputée entendre agir comme un simple particulier (commande verbale chez un fournisseur, salaire à un journalier, expéditions par chemins de fer aux tarifs du public...) ». C'est à la juridiction saisie qu'il appartient de décider si elle se trouve en face d'un service public fonctionnant avec ses règles propres et son caractère administratif ou, au contraire, s'il s'agit « d'actes qui, tout en intéressant la communauté, empruntent la forme de la gestion privée et entendent se maintenir exclusivement sur le terrain des rapports de particulier à particulier dans les conditions du droit privé ».

Ces conclusions contiennent l'essentiel de la théorie contractuelle administrative : unité du contentieux fondée sur le plan du service public, exceptions relatives au domaine privé, et aux actes contractuels passés dans les formes de la gestion privée dans l'intérêt des services publics, avec la volonté arrêtée de se maintenir sur le terrain de la gestion privée.

Bien des détails, toutefois, restaient encore à préciser. La notion de service public devait être éclaircie. Surtout, il fallait distinguer les contrats conclus pour l'organisation et le fonctionnement des services publics selon le régime de la gestion publique, par opposition aux contrats conclus dans un même but mais suivant le régime de la gestion privée.

c) ARRÊT FEUTRY

La première précision nouvelle dégagée par la jurisprudence comme conséquence de l'arrêt Terrier, a été apportée par un arrêt du Tribunal des Conflits du 29 février 1908 (aff. Feutry) (1). L'arrêt Blanco avait posé le principe de la compétence administrative pour les actions en responsabilité de l'Etat. Le progrès le plus notable dû à cet arrêt avait été de fonder la compétence du Conseil d'Etat moins sur le texte relatif aux dettes de l'Etat que sur celui de la séparation des pouvoirs. Il restait néanmoins à affirmer ce principe à l'égard des autres personnes morales administratives. Ce fut l'œuvre de l'arrêt Feutry. Le précédent créé par l'arrêt Terrier a fait sentir son influence. Il a incliné le Conseil d'Etat à étendre le principe posé par l'arrêt Blanco à toutes les actions en responsabilité dirigées contre les départements et les communes à raison d'un fait de service.

Ainsi, le domaine de la responsabilité nous fournit un curieux exemple d'actions et de réactions au sujet des compétences. La théorie contractuelle puise d'abord la notion de service public dans la théorie de la responsabilité. Celle-ci, à son tour, emprunte à la théorie contractuelle les raisons de son extension à toutes les manifestations de l'activité administrative de quelque personne qu'elles émanent toutes les fois où il s'agit d'un service public. La notion de service public s'affirme donc dans cette espèce

(1) V. les concl. de M. le Commissaire du Gouvernement Teissier, *D. P.*, 1908. 3. 49.

comme un substratum indispensable à toute action devant la juridiction administrative. Le service public apparaît comme le point de cristallisation de la compétence administrative dans tous les domaines.

d) ARRÊT THÉROND

Plus important est l'arrêt Thérond rendu par le Conseil d'Etat le 4 mars 1910 (1). Comme dans l'arrêt Terrier il s'agit effectivement d'un litige d'ordre contractuel. Le sieur Thérond avait été déclaré adjudicataire de la concession, sur le territoire de la ville de Montpellier, de la capture et de la mise en fourrière des chiens errants et de l'enlèvement des bêtes mortes. Il avait saisi le Conseil de préfecture d'une demande tendant à la résiliation de son contrat et au paiement par la ville de Montpellier d'une somme de 120.000 francs, à titre de dommages-intérêts, pour défaut d'exécution de l'article 11 du cahier des charges régissant la concession. Le Conseil de préfecture avait rejeté sa demande au fond. Le sieur Thérond avait interjeté appel devant le Conseil d'Etat.

Dans ses conclusions au sujet de cette affaire M. le Commissaire du Gouvernement Pichat s'est attaché tout d'abord à définir la nature juridique du contrat intervenu. Il n'a pas eu de peine à établir qu'il ne s'agissait point d'un contrat de travaux publics et que le Conseil de préfecture aurait dû se déclarer incompétent. Il a montré qu'il s'agissait d'un contrat de concession de service public ayant pour objet la salubrité et la sécurité publiques.

Reprenant alors l'historique des arrêts que nous venons de citer il a déclaré définitivement abandonnée la théorie des actes d'autorité et de gestion. Il a rappelé l'arrêt Terrier. Il a indiqué que la nouvelle affaire se présentait dans les mêmes conditions juridiques. « Il s'agit, a-t-il déclaré, d'un contrat communal de louage de service sous

(1) V. les concl. de M. le Commissaire du Gouvernement Pichat, *D. P.*, 1912, 3. 57.

forme de concession, *ayant pour objet l'exécution d'un service public*. Le litige entre la commune concédante et le concessionnaire sur l'interprétation et l'exécution de ce contrat est donc de la compétence du Conseil d'Etat comme juge ordinaire du contentieux administratif en vertu de l'article 9 de la loi du 24 mai 1872. »

On a reproché à ces conclusions leur solution trop absolue et leur terminologie trop incertaine. Ces critiques sont pour partie fondées. D'une part, en effet, M. Pichat avait déclaré : « Le contrat intervenu entre la ville de Montpellier et le sieur Thérond est le louage de services des articles 1710, 1779 et 1780 du Code civil ayant pour objet l'exécution d'un service public et présentant le caractère d'une concession. » D'autre part, la solution définitivement proposée avait été la suivante : le contrat litigieux de louage de services ayant pour objet l'exécution d'un service public est donc de la compétence du Conseil d'Etat.

A s'en tenir à ces conclusions il semblait que tous les litiges nés de l'exécution d'un service public fussent de la compétence des juridictions administratives quelle que soit la nature du contrat. La distinction entre la gestion publique et la gestion privée si expressément formulée en 1903 par M. Romieu semblait disparaître. Cette disparition paraissait d'autant plus évidente que l'arrêt rendu était très affirmatif, posait un principe général et ne formulait aucune réserve : « La ville de Montpellier, décidait-il, a agi en vue de l'hygiène et de la sécurité de la population et a eu, dès lors, pour but *d'assurer un service public* ; ainsi les difficultés pouvant résulter de l'inexécution ou de la mauvaise exécution de ce service sont, à défaut d'un texte en attribuant la connaissance à une autre juridiction, de la compétence du Conseil d'Etat. »

Une étude plus attentive des conclusions et de l'arrêt aurait peut-être permis de constater que les réserves formulées par M. Romieu n'étaient pas atteintes. D'une part, en déclarant que le contrat conclu par M. Thérond était le louage de services prévu par le Code civil, le Com-

missaire du Gouvernement avait eu soin d'ajouter que ce contrat présentait le caractère d'une concession. D'autre part, les conclusions s'étaient référées purement et simplement à celles de 1903 sans diminuer en rien les réserves relatives aux services publics exécutés suivant les modes de la gestion privée. Les principes antérieurs demeuraient saufs.

En fait, il apparut que la théorie du service public triomphait définitivement et sans aucune restriction, sans aucune réserve. Deux arrêts très précis du Tribunal des Conflits et du Conseil d'Etat vinrent rappeler en les précisant les principes posés par M. Romieu avec les *réserves qu'ils comportent*.

e) ARRÊT COMPAGNIE D'ASSURANCES « LE SOLEIL »

Le premier de ces arrêts est du 4 juin 1910. Il a été rendu par le Tribunal des Conflits sur les conclusions de M. l'avocat général Feuilloley faisant fonction de Commissaire du Gouvernement (1). Il s'agissait d'une action introduite par la Compagnie d'assurances « le Soleil » et qui tendait à faire déclarer l'Etat responsable des dommages causés par l'incendie survenu le 13 septembre 1906 à un immeuble appartenant à la ville de Bernay. Cet immeuble avait été mis à la disposition de l'autorité militaire pour loger des réservistes appelés pour une période de 28 jours. La Compagnie d'assurances se retournait contre l'Etat après avoir réglé le sinistre à la ville de Bernay.

L'incendie avait été provoqué dans des conditions qui ne laissaient aucun doute sur un rapport de dépendance étroit existant avec le service public de défense nationale. Personne n'a contesté que l'immeuble ait été utilisé par des troupes et que, de ce chef, le service éventuellement responsable fût celui de la guerre. Cependant, malgré cette circonstance, la compétence administrative n'a pas été

(1) Confl. 4 juin 1910, *Cie d'assurances « Le Soleil » c/ l'Etat*, S., 1912.3. 154, avec les conclusions de M. le Conseiller Feuilloley.

retenue. L'effort du Commissaire du Gouvernement a été de rechercher s'il y avait eu affectation administrative ou, au contraire, utilisation suivant l'un des modes de la gestion privée. Il a reconnu qu'il n'y avait ni prêt, ni bail, mais contrat innommé. Il en a fixé les éléments qui en faisaient, quelque nom qu'on lui donne, « un contrat de droit civil » donnant naissance, de part et d'autre « à des obligations de droit commun ».

L'arrêt a fait droit à ces conclusions en décidant que « l'occupation de cet immeuble a eu lieu, non en vertu d'un acte régulier et permanent d'affectation mais en vertu d'un accord qui, par sa nature et ses effets, rentre dans les contrats de droit civil et dont, par suite, la connaissance appartient à l'autorité judiciaire ».

Le Tribunal est donc bien allé au delà de la notion de service public dans cette affaire. Il a recherché si « la nature et les effets » du contrat conclu pour le service de la guerre étaient révélateurs du procédé de la gestion publique ou de la gestion privée. Ayant constaté que le procédé employé pour la satisfaction des besoins du service était un mode de droit privé il a conclu à la compétence des tribunaux civils.

f) ARRÊT DES GRANITS PORPHYROÏDES DES VOSGES :
DERNIER ÉTAT DE LA JURISPRUDENCE A LA VEILLE
DE LA GUERRE

Plus intéressant encore est l'arrêt du Conseil d'Etat du 31 juillet 1912 qui fixe la jurisprudence administrative à la veille de la guerre (1). Les conclusions du Commissaire du Gouvernement sont des plus intéressantes. Elles complètent celles de M. Romieu dans l'affaire Terrier en y apportant des précisions très importantes.

La ville de Lille avait conclu un marché pour la fourniture de pavés de granit. Elle avait appliqué au fournisseur

(1) *Société des granits porphyroïdes des Vosges c/ Ville de Lille* et les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Blum, S., 1917. 3. 15.

des pénalités. Celui-ci en discutait le principe. Il porta son action directement devant le Conseil d'Etat.

Une première contestation, sans importance, s'est élevée au sujet de la compétence. La ville concluait à la compétence du Conseil de préfecture sous prétexte qu'il s'agissait d'une fourniture destinée à un travail public. En fait, le cahier des charges révélait qu'il s'agissait d'une livraison pure et simple sans aucune participation quelconque au travail projeté. La compétence du Conseil de préfecture a donc été écartée.

De son côté le fournisseur concluait à la compétence du Conseil d'Etat. Il invoquait les arrêts récents rendus tant dans le domaine quasi-contractuel que dans le domaine contractuel. Il concluait que, s'agissant d'une fourniture destinée à un service public, la compétence était celle du juge de droit commun du contentieux administratif.

M. le Commissaire du Gouvernement Blum a déclaré que les conclusions du fournisseur étaient inexactes. Sans doute, il n'a pas méconnu que les arrêts invoqués aient « substitué à la théorie ancienne, une doctrine nouvelle », — la jurisprudence la plus récente affirmant « la compétence administrative pour tous les litiges nés de l'organisation et du fonctionnement des services publics, que ces services dépendent du pouvoir central ou se rattachent aux pouvoirs locaux ». Ce principe joue à l'égard de tous les services publics, quelle que soit la personne qui les gère. Quant à la conséquence de cette théorie « c'est que toutes les actions fondées sur l'exécution ou la mauvaise exécution d'un service public, — que ces actions soient dirigées contre l'Etat, contre un département, contre une commune, — ressortissent à la juridiction administrative, et, à défaut d'un texte spécial, au Conseil d'Etat, juge de droit commun en matière administrative ». En définitive, M. Blum reconnaît qu'on peut alors tenir pour acquis « que toutes les actions relatives au jeu du service public lui-même, que toutes les actions fondées sur le quasi délit administratif sont de la compétence du Conseil d'Etat, qu'il

s'agisse de l'Etat, du département ou de la commune ».

Mais une telle solution de la question des compétences serait incomplète et, par conséquent, inexacte. La théorie fondée uniquement sur la notion de service public est exacte quand il est question de quasi-délit. « Mais, lorsqu'il s'agit du contrat et non du quasi-délit, la jurisprudence est beaucoup moins extensive... elle maintient en matière contractuelle la distinction entre ce que l'on a appelé la gestion privée et la gestion publique. » M. Blum rapporte à ce propos les explications de M. Romieu et dont il a été fait état (1). Il apporte, toutefois, à ces précédentes conclusions, les précisions suivantes : « Quand il s'agit de contrat il faut donc rechercher, non pas en vue de quel objet ce contrat est passé, mais ce qu'est ce contrat *de par sa nature* même. »

Faisant application de cette observation au contrat de fourniture M. Blum poursuit : « Pour que le juge administratif soit compétent, il ne suffit pas que la fourniture qui est l'objet du contrat doive être ensuite utilisée pour un service public ; il faut que ce contrat, par lui-même et par sa nature propre, soit de ceux qu'une personne publique peut seule passer, qu'il soit par sa forme et sa texture un contrat administratif. »

La notion de « contrat administratif » apparaît ainsi, à notre connaissance, pour la première fois, à l'occasion d'un marché de fournitures communal. M. Blum s'est efforcé d'en préciser la notion tout en déclarant que les caractères en sont assez délicats à fixer. Pour lui, « le contrat administratif est celui qui reste influencé et teinté, en quelque sorte, par le service public en vue duquel il est conclu, — celui qui, par suite, crée et organise un contact, quel qu'il soit, entre le contractant de la commune et le service public dans l'intérêt duquel a été passé le contrat ». S'agissant d'un marché de fournitures, il faut, pour que la compétence soit administrative, « qu'il éta-

(1) V. *supra*, p. 115.

blisse des rapports précis et constants du fournisseur ou des agents soit avec la commune, soit avec le public. Il faut qu'il associe le fournisseur, dans une mesure quelconque, à la gestion du service ». Au contraire, si la seule intervention du fournisseur dans le service public est la livraison elle-même, si le contact entre lui et la commune ne se prolonge pas après cette livraison, si le marché en un mot, n'établit pas entre la commune et le contractant des rapports différents de ceux qui s'établissent entre un particulier et un marchand quelconques, le contrat se trouve passé dans les conditions habituelles du commerce. On se trouve alors dans le cas où la commune a agi selon le même mode qu'un particulier et se trouve soumise comme lui aux mêmes règles comme aux mêmes juridictions.

Ces conclusions remarquables ont fixé la jurisprudence administrative à la veille de la guerre. Elles ont dégagé d'une façon très claire les solutions définitivement acquises et celles qui appelaient des précisions nouvelles, des études plus serrées. Ces différentes solutions sont les suivantes : 1^o pour être administratif un contrat doit être destiné à assurer le fonctionnement d'un service public ; 2^o cette condition est nécessaire mais n'est pas suffisante ; 3^o la notion de service doit avoir réagi sur la nature même du contrat.

Il nous reste à nous expliquer sur ces trois propositions et à voir l'interprétation qu'il convient de leur donner à la lumière des décisions rendues au cours de la guerre et depuis. Toutefois, avant d'aborder cet examen d'ordre général, un dernier point doit être retenu des conclusions de M. Blum touchant les marchés de fournitures.

On sait qu'en vertu de décret du 11 juin 1806 les marchés de fournitures de l'Etat relevaient de la juridiction administrative ; les marchés des départements et des communes relevaient, à défaut d'un texte, des tribunaux judiciaires. La substitution d'une théorie de la compétence fondée sur des principes généraux à une théorie fondée sur des textes attributifs de compétence, pouvait avoir sa répercussion sur le régime des marchés. Cette répercussion

a été examinée par M. Blum dans ses conclusions. Pour les marchés des départements et des communes M. Blum se réfère purement et simplement à la théorie générale des contrats administratifs tels qu'ils viennent d'être exposés. Les marchés sont, en effet, la plupart du temps de simples contrats de vente. Ils sont régis par les principes du droit civil quand bien même ils auraient un but plus ou moins direct de service public. Pour qu'il en fût autrement il faudrait que le contrat ait subi une modification, un changement de nature qui le rattache à la gestion publique. Tel n'était point, d'ailleurs, le cas du marché conclu par la ville de Lille. Le Conseil d'Etat s'est donc déclaré incompétent, attendu « que le marché passé entre la ville et la société était exclusif de tous travaux à exécuter par la société et avait pour objet unique des fournitures à livrer selon les règles et conditions des contrats intervenus entre particuliers ».

Le Commissaire du Gouvernement s'est posé la question de savoir si la même solution devait être étendue aux marchés de l'Etat en dépit du décret du 11 juin 1806. Il ne l'a pas pensé. « Il ne faudrait pas oublier, a-t-il déclaré, que, pour les marchés de fourniture de l'Etat, il existe un texte, le décret du 11 juin 1806. » Toutefois, a-t-il ajouté ; « il ne faudrait pas oublier que, même en ce qui concerne l'Etat, lorsqu'il s'agit d'un contrat passé en dehors de la sphère d'application du décret de 1806, par exemple, quand il s'agit de commandes verbales chez un fournisseur, de salaires à des journaliers, d'expéditions par chemin de fer, au tarif du public, l'Etat lui même est censé agir non comme une personne publique mais dans les mêmes conditions qu'un simple particulier, et c'est la juridiction civile qui reste alors compétente. » Ainsi, pour les marchés de l'Etat, la compétence administrative est plus étendue que pour les marchés des autres personnes morales administratives qui s'en tiennent à la stricte notion des contrats administratifs. Toutefois, cette compétence étendue ne va pas jusqu'à absorber toutes les opérations juridiques qui ont pour but de procurer à l'Etat les fournitures dont

il a besoin. Il y a là, en matière de compétence, une nouvelle source de difficultés. Après l'examen des différentes questions soulevées par les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Blum, nous aurons donc à résoudre cette difficulté particulière aux marchés de l'Etat.

SECTION III

LA JURISPRUDENCE. SES CRITÈRES SUCCESSIFS

§ 1. La notion de service public

Les conclusions de M. Blum ont posé une fois de plus, en principe, la nécessité d'un but de service public pour qu'il y ait contrat administratif. Dans l'examen rapide qui a été fait des différents critères proposés et de leur insuffisance à embrasser tous les contrats administratifs, il a été fait état de cette nécessité d'un but de service public (1). Il est donc inutile de rappeler les termes des conclusions des Commissaires du Gouvernement où il a été fait allusion à cette condition primordiale. Les arrêts du Conseil où des déclarations d'incompétence ont suivi la constatation de l'absence de service public attestent que rien n'a changé à cet égard dans la jurisprudence (2).

Il est également sans intérêt d'insister à nouveau sur l'insuffisance du service public pour entraîner, dans le domaine contractuel, la compétence administrative. Les conclusions qui précèdent en sont une preuve suffisante. Elles ont trouvé leur confirmation dans de nouvelles

(1) V. *supra*, p. 27.

(2) Cf. par exemple : Cons. d'Et., 16 janv. 1914, *Sieur Rochette c/ Comm. de Brénod*, *Leb.*, p. 44 ; — 14 avril 1916, *sieur Astruc*, *Leb.*, p. 165 ; — 14 janv. 1921, *Ville d'Oloron-Sainte-Marie*, *Leb.*, p. 51 ; — 9 mars 1923, *Cie Hellenic Transport Steamship Company*, *Leb.*, p. 222 ; — 13 juillet 1923, *Cie de remorquage, de pilotage et de sauvetage c/ Min. de la Marine*, *Leb.*, p. 574 ; — 18 janvier 1924, *Soc. anonyme du Grand Casino de Saint-Malo*, *Leb.* p. 58.

conclusions (1) et dans une jurisprudence des plus abondantes. Il faudrait citer ici tous les arrêts rendus depuis plus de vingt ans et qui, tout en reconnaissant que des contrats étaient intervenus dans un but de service public, ont cependant déclaré que le contentieux desdits contrats relevait des tribunaux judiciaires. Des explications et des exemples ont déjà été fournis à ce sujet, il suffit de s'y référer (2).

Il faudrait, toutefois, pour être complet, donner une définition, des éclaircissements sur le service public, indiquer les signes auxquels on le reconnaît. Bien qu'insuffisante, cette notion demeure fondamentale. Il conviendrait d'abord de la bien préciser.

Une étude du service public et de ses caractères déborde le cadre de ce travail. L'examen de cette notion exigerait une étude spéciale. Qu'il suffise de rappeler ici les observations présentées au sujet de l'affaire Astruc par M. le Commissaire du Gouvernement Corneille (3). Il s'agissait d'une action tendant à faire condamner la ville de Paris à payer une indemnité au sieur Astruc, à raison de l'inexécution d'une promesse de concession d'un emplacement sis aux Champs-Élysées pour la construction d'un « Palais philharmonique ». Une question de compétence a été immédiatement posée. Après avoir reconnu qu'il ne pouvait être question d'un travail public le Commissaire du Gouvernement a recherché si le litige ne se rattachait pas, par un lien quelconque, à un but de service public.

A cet effet, il a rappelé quelques définitions données par les auteurs. Celle du professeur Hauriou d'après laquelle un service public est un service technique rendu au

(1) Voir par exemple, les conclusions de M. Rivet sous Cons. d'Et., 23 déc. 1921, *Soc. générale d'armements, Leb.*, p. 1109. — On y relève notamment la déclaration suivante : « Le fait que l'intérêt général — intérêt général sérieux, impératif même, nous le reconnaissons volontiers — a pu inspirer la création du service des assurances maritimes d'Etat, est sans influence, en soi, sur la question de compétence qui nous est soumise. »

(2) V. *supra*, p. 27 et suiv.

(3) Cons. d'Et., 14 avril 1916, *Astruc, Leb.*, p. 165 ; rapprocher : *Ville de Saint-Malo*, 12 mai 1922, *Leb.*, p. 413.

public d'une façon régulière et continue pour la satisfaction d'un besoin public, par une organisation publique non lucrative (1). Celle du professeur Duguit d'après laquelle il s'agit d'une mission considérée comme obligatoire pour l'Etat, le département ou la commune, à un moment donné : un certain nombre d'agents sont institués pour accomplir cette mission ; une certaine richesse est affectée à la réalisation de cette mission.

M. Corneille observe que déjà, dans cette seconde définition, apparaît l'idée que l'énumération des services publics ne peut être donnée ex cathedra, de façon absolument précise, et que la notion ne comporte pas un critérium fixe et immuable. Ainsi, de déduction en déduction, on en arrive à la solution dégagée par M. le Professeur Jèze, dans ses *Principes de droit administratif* : la notion de service public est en quelque sorte une notion subjective ; elle dépend, pour la plus grande part, de l'intention de l'autorité chargée d'organiser le service. L'arrêt Thérond fournit un exemple intéressant : le Conseil d'Etat s'est déclaré compétent parce que la ville en cause avait eu, en traitant avec le sieur Thérond, pour but d'assurer un service public. Ce que l'arrêt a mis en relief c'est l'*intention* de la ville.

Cette intention doit, toutefois, se manifester par des signes extérieurs. M. Corneille s'est efforcé de dégager les signes auxquels on la reconnaîtra : ce sont les mesures prises par l'autorité chargée des intérêts collectifs en cause, pour assurer la création du service indispensable aux membres de la collectivité, pour en assurer la durée, pour en réglementer le fonctionnement ; puisqu'il faut que le service se fasse, il faut bien qu'il se crée, qu'il fonctionne et qu'il dure. Spécialement, pour en assurer la durée, l'autorité établira parfois un monopole, toujours des charges pesant sur les usagers ; elle déterminera, avant tout, les moyens financiers et les taxes à recouvrer sur le public. Si le service public, dont l'autorité a eu l'initiative, est

(1) *Précis*, 10^e éd., p. 25.

confié à l'intermédiaire d'un particulier il doit y avoir, dans le contrat, une réglementation à la base qui se concrétise dans le cahier des charges et dans le maximum des taxes à percevoir.

En outre, dans toute constitution de service public, ce sont les besoins du public qui doivent l'emporter sur toute autre considération et, notamment, sur toute considération d'intérêt financier. Au besoin le concessionnaire travaillera à perte (avec l'aide du concédant) pourvu qu'il travaille.

Dans une note au Dalloz (1) M. Jean Appleton a résumé les signes principaux auxquels on peut reconnaître un service public. Ces signes sont les suivants : 1° le service public est une création de l'Etat ou de ses succédanés ; il tient des gouvernants son organisation, les règles générales de son fonctionnement ; 2° il est continu, et les pouvoirs publics veillent de près à ce que cette continuité soit assurée ; 3° les pouvoirs publics, quel que soit son mode d'exploitation, en conservent toujours la maîtrise ou le contrôle ; ils peuvent en modifier le fonctionnement lorsque les besoins à satisfaire viennent à varier ; 4° pour assurer la marche du service, il est fréquent que des charges, telles que des taxes, des impôts, des servitudes, soient imposées aux particuliers ; 5° il arrive souvent aussi que l'administration se soit réservé, pour elle ou ses substitués, un monopole d'exploitation.

Ces explications donneront des clartés suffisantes sur la notion de service public et sur les signes auxquels on peut reconnaître qu'il y a service public. Au reste, pour la plupart des services d'Etat tout au moins, un litige suffit à trancher une fois pour toutes une difficulté. Lorsqu'à propos d'un litige, en effet, le caractère de service public a été reconnu à un service assuré par l'administration, il n'existe guère à l'avenir de difficultés de compétence pour ce même service. Tel est le cas, par exemple, pour

(1) *D. P.*, 1926. 1.177. — Rapprocher également la note du même sous Cons d'Et., 27 juill. 1923, *Gheusi*, *D. P.*, 1923. 3. 57.

les services qui se rattachent au service des postes (1) ou pour les services momentanément créés pendant la guerre tels que celui relatif au transport des colis de militaires (2). Tel a été notamment le cas des services créés pour le ravitaillement de la population civile pendant la guerre, en farines, en charbons, etc...

Dans ses conclusions au sujet des affaires des Moulins brestois et des sieurs Trillon, Decatoire et autres M. le Commissaire du Gouvernement Rivet a indiqué les raisons qui militaient dans le sens d'une érection du service en service public. « La législation et la réglementation du commerce des céréales et de la meunerie, a-t-il exposé, à la base de laquelle se trouve le monopole de l'Etat pour les achats de céréales, semble avoir fait de ce commerce un véritable service public. Ce n'est pas seulement une industrie réglementée, même étroitement réglementée comme tant d'autres. C'est la mainmise complète de l'Etat. Les clauses du contrat de cession (qui résultent de la réglementation) imposent au meunier des obligations telles qu'elles semblent en faire un préposé de l'Etat. La réglementation de cessions et de l'emploi par les meuniers des céréales cédées, constitue un véritable cahier des charges applicable à toutes les cessions. La cession du blé aux meuniers au-dessous du prix de revient, constitue un avantage qui ressemble à une subvention, une prime pour l'exécution d'un service public comme on en trouve dans beaucoup de contrats administratifs. »

On retrouve, dans ces conclusions, tous les caractères signalés par M. Appleton : organisation par l'Etat, monopole, cessions à perte, mainmise des pouvoirs publics, continuité nécessaire. On ne s'étonnera pas, dans ces conditions, que s'il a pu y avoir des difficultés sur le caractère administratif des contrats, il ne semble pas y en avoir eu au sujet du caractère du service.

(1) Cons. d'Et., 16 oct. 1918, *Gouv^t gén. de l'Algérie c/ sieurs Tramaloni et Giroud*, *Leb.*, p. 895.

(2) Cons. d'Et., *sieur Lebon*, 19 mai 1922, *Leb.*, p. 452.

En définitive, l'obstacle véritablement sérieux qui s'oppose à la définition exacte des contrats administratifs n'est point dans la notion de service public. Il est dans cette « teinte » particulière, dans cette « influence » qu'apporte à un contrat de droit privé son « contact » avec les services publics.

§ 2. La notion de contrat administratif et ses rapports avec celle de service public. Tentatives de la jurisprudence pour dégager un critérium des contrats administratifs

Dans un précédent chapitre (1) nous avons examiné un certain nombre de critères proposés par les auteurs. à l'effet de déceler aisément l'existence de ces contrats. Nous avons vu qu'aucun d'eux ne remplit effectivement ce rôle. Nous nous sommes même efforcé de montrer que la solution commode d'un critérium ne paraissait pas réalisable. A ce propos, l'on pourrait dire avec M. Corneille, et plus certainement encore en matière de contrats administratifs que de service public : « l'énumération des contrats administratifs ne peut être donnée ex cathedra et de façon absolument précise à l'aide d'un critère ». Toutefois nous n'irons pas jusqu'à ajouter que ce critère, à le supposer possible, ne puisse être « fixe et immuable ». Il y a là, à notre avis, une différence foncière entre les signes distinctifs du service public et ceux des contrats administratifs.

Le service public est lié à un état de civilisation. Telle entreprise qui paraît aujourd'hui essentielle et digne d'être prise en mains par les collectivités administratives, apparaissait hier un superflu, un luxe et paraîtra plus tard dénuée de tout intérêt public. On conçoit donc que cette notion soit en perpétuelle évolution comme la civilisation à laquelle elle se rattache.

Le contrat administratif, au contraire, procède d'une distinction fondée sur cette réalité juridique qu'il existe

(1) V. *supra* chap. II, p. 25 et suiv.

un droit privé et un droit public. Il s'agit donc d'une différence de nature que le temps n'efface pas. Les champs respectifs assignés au droit public et au droit privé peuvent varier d'étendue, les caractères propres à chacune de ces deux branches du droit demeurent.

Ainsi, bien que la notion d'un critérium doive être rejetée, à notre avis, il apparaît cependant que des caractères permanents doivent différencier les contrats administratifs des contrats de droit civil. Il ne saurait être question d'examiner ici les doctrines des auteurs. Nous nous attacherons uniquement à la jurisprudence nous référant simplement à nos précédentes explications et les complétant au besoin lorsque concorderont les théories des auteurs et les décisions des juridictions administratives.

L'examen des conclusions des Commissaires du Gouvernement à propos des affaires Terrier, Thérond et Granits des Vosges a montré que, pratiquement, la théorie du service public pure et simple n'a jamais été admise par le Conseil d'Etat dans les litiges d'ordre contractuel. En dépit de quelques apparences, nous l'avons vu, l'arrêt Thérond n'a pas même apporté une exception à cette pratique générale (1). Il est définitivement acquis actuellement que la base service public est insuffisante pour fonder une compétence contractuelle quoiqu'elle soit nécessaire (2).

a) PARTICIPATION A LA GESTION DU SERVICE

Dans ses conclusions au sujet de l'arrêt des Granits des Vosges, M. le Commissaire du Gouvernement Corneille avait cherché le signe distinctif du contrat administratif dans le « contact » qu'il créait et organisait avec le service. Plusieurs décisions, intervenues depuis cette époque se sont attachées, pour partie tout au moins, à ce même carac-

(1) *Contrà* : J. Leblanc note sous Cons. d'Et., 29 mai 1925, *Décatoire*, D. P., 1926. 3. 21.

(2) Aux observations précédemment formulées à propos de la théorie de M. Duguit, adde note de M. Blavoet sous Trib. civ. de l'Aisne, 27 déc. 1926, D. P., 1928. 2. 116.

tière. Dans une espèce jugée le 26 mars 1918 (1), il s'agissait de fournitures à livrer selon les règles des contrats entre particuliers dans les conditions générales du droit civil. Le Conseil d'Etat s'est déclaré incompétent pour connaître d'un litige né à l'occasion de cette fourniture. L'un des motifs retenus par l'arrêt a été que ledit marché « ne comporte, pour les demandeurs, aucune participation à la gestion d'un service public ». Pareil motif se retrouve dans un arrêt du 13 juillet 1923 (2). L'Etat avait pris en location un certain nombre de remorqueurs. L'un d'eux ayant été perdu le litige né à cette occasion a été écarté par le Conseil d'Etat étant donné que la Compagnie de remorquage « ne s'engageait à effectuer aucun transport emportant une participation quelconque à l'exécution d'un service public ». Même motif encore à propos d'un litige survenu dans les mêmes conditions : « L'armateur donnait en location son navire sans participer à l'exécution du service de transports (3). »

Nous nous sommes expliqués sur la valeur de ce caractère distinctif des contrats administratifs à propos de la théorie de M. Marc Réglade (4). Sans reprendre ici les mêmes observations il suffit de constater qu'un service public peut être exécuté selon les modes de la gestion privée ou ceux de la gestion publique. Dans le premier cas, il est évident que les actes de participation à la gestion relèvent des tribunaux de droit commun. Le second cas est beaucoup plus fréquent. L'exécution d'un service public appelle généralement les procédés du droit public. C'est en quoi, généralement, le contrat qui associe un tiers à l'exécution d'un service public est administratif. Les procédés propres à la gestion des services publics ont réagi sur lui. Du moins, cette réaction n'est pas nécessaire. L'indication tirée de la

(1) Cons. d'Et., *Sieur Deshayes*, *Leb.*, p. 322.

(2) Cons. d'Et., *Cie de remorquage, de pilotage et de sauvetage c/ Min. de la Marine*, *Leb.*, p. 574.

(3) Cons. d'Et., 7 mars 1924, *Cie gén. transatlantique c/ Min. de la Marine*, *Leb.*, p. 273.

(4) V. *supra* p. 33.

participation au service, pour précieuse qu'elle soit, n'est pas cependant un signe infaillible.

b) VOLONTÉ D'ADOPTION DU RÉGIME DE DROIT PUBLIC

Deux arrêts du Tribunal des Conflits des 25 mars et 7 novembre 1922 (1) ont mis en évidence un autre indice : la volonté de l'administration exerçant son option entre les modes du droit civil et commercial et ceux du droit administratif. Ces arrêts décident « que les transports effectués pour le compte de l'Etat ne peuvent relever des tribunaux de l'ordre judiciaire que dans le cas où l'administration, en dehors de tout marché, a entendu s'adresser au transporteur dans les mêmes conditions que le public en général ». Le 23 mars 1923 le Conseil d'Etat rend deux décisions d'incompétence après avoir reconnu que l'Etat avait « entendu » faire exécuter un transport dans les conditions du droit commun (2). Le 9 janvier 1925 un litige se présentant dans les mêmes conditions est jugé dans le même sens avec les mêmes motifs (3). Enfin, le 7 août 1925, le Conseil d'Etat est appelé à prononcer la résiliation d'un contrat aux termes duquel le gouverneur général de l'Indo-Chine s'était engagé à avancer à deux fabricants de conserves alimentaires une somme de 60.000 piastres pour les besoins de leur exploitation. L'arrêt rapporte ces caractères du contrat, indique les conditions stipulées quant aux intérêts. Il conclut immédiatement que « le litige ainsi soulevé portait sur l'exécution d'un contrat que l'administration a entendu passer dans les conditions du droit commun et dont, par suite, l'autorité judiciaire pouvait seule être appelée à connaître (4) ».

M. Jèze a été particulièrement frappé de ces décisions. Il en a fait une des conditions d'existence des contrats

(1) Confl., de Malglaive, *Leb.*, p. 288 ; — Manon, *Leb.*, p. 795.

(2) *Cie des chargeurs réunis*, *Leb.*, p. 307 ; — *Sté gén. des transports à vapeur*, *Leb.*, p. 305.

(3) *Gallusser c/ Sous-secr. d'Etat de la marine marchande*, *Leb.*, p. 28

(4) *Gouv^e de l'Indo-Chine c/ Sieurs Maille et Ratinet*, *Leb.*, p. 823.

administratifs. Nous avons vu (1) qu'en fait la volonté des contractants est sans influence sur l'ordre des compétences, du moins dans les hypothèses où il s'agit d'une compétence *ratione materiae*. D'autre part, nous avons vu également qu'il y a entre les contrats de droit privé et les contrats administratifs une différence de nature. C'est ce qu'exposait déjà M. Blum en 1912 lorsqu'il déclarait : « ce qu'il faut examiner, c'est la nature du contrat lui-même, indépendamment de la personne qui l'a passé et de l'objet en vue duquel il a été conclu ». Par conséquent, si les parties ont eu la volonté de conclure un contrat administratif et qu'en fait elles aient conclu un contrat de droit privé, la compétence demeurera judiciaire et réciproquement.

En réalité, les arrêts qui viennent d'être cités comme se référant à la volonté des contractants ne se fondent pas tous absolument sur ce motif. Certains d'entre eux présentent la volonté des parties comme une résultante, comme une conséquence logique des clauses insérées au contrat (2). De telles décisions présentent un grand intérêt. Elles montrent quelles clauses révèlent, aux yeux des juridictions administratives, l'intention des parties quant au mode juridique adopté par le contrat. Ces décisions se rattachent ainsi au critérium tiré directement de la nature des clauses employées plutôt que de l'intention réelle des parties. En effet, même si les parties ont eu l'intention de conclure un contrat administratif et si les clauses employées sont toutes d'ordre civil ou commercial le contentieux demeure judiciaire. Le Conseil d'Etat décide que la nature du contrat révèle chez les parties l'intention de conclure un contrat de droit privé.

(1) *Supra*, p. 41.

(2) Aff. *Sté gén. de transports maritimes à vapeur, Cie des chargeurs réunis*, Gallusser, *loc. cit.*

c) DIFFÉRENTES NATURES DE SERVICES PUBLICS
ET LEUR HIÉRARCHIE

Avant d'examiner les clauses révélant, par leur nature, l'intention des parties et la solution à laquelle elles ont conduit, il y a lieu de signaler les observations présentées par M. le Commissaire du Gouvernement Rivet dans l'affaire « Société des Affréteurs réunis (1) ». M. Rivet est parti de cette idée juste qu'il n'y a point de contrats administratifs en dehors de la notion de service public. Il s'est alors appliqué à établir une hiérarchie entre les divers services publics suivant qu'ils postuleraient ou non la conclusion de contrats de droit commun ou de contrats de droit privé. D'après lui, l'orientation de la jurisprudence pourrait se résumer ainsi. La nature de certains services, — justice, collation de grades universitaires, etc... — les ferait apparaître comme non susceptibles d'être gérés par d'autres que l'Etat ou les personnes morales qui en sont détachées. Des difficultés auxquelles pourrait donner lieu le fonctionnement de ces services, les tribunaux administratifs seraient, en général, tout naturellement appelés à connaître parce que, entre la gestion à laquelle s'est livrée l'administration et une gestion particulière, n'existe aucune possibilité d'assimilation. En outre, les règles propres qu'ont dû appliquer les représentants de la personne publique pour assurer la marche d'un rouage indispensable à la vie commune ne sauraient, sans atteinte à la séparation des pouvoirs, être soumises au contrôle des tribunaux de droit commun.

A côté de cette première série de services, dont les personnes publiques assument seules la charge parce que seules qualifiées, viennent les monopoles fiscaux dont le fonctionnement fait naître toute une série de recours. S'il est vrai qu'il s'agit ici d'exploitations dont l'initiative particulière pourrait, théoriquement, assurer la marche,

(1) Cons. d'Et., 23 mai 1924, *Leb.*, p. 493.

les intérêts spéciaux qui s'attachent à leur fonctionnement régulier évoquent encore l'idée d'une situation anormale, qui explique et justifie, le cas échéant, l'intervention du juge d'exception.

Resterait enfin une dernière catégorie de services, celle des services industriels gérés sans monopole. Si, ce qui est le cas habituel, la personne publique se trouve dans les conditions d'exploitation identiques à celles d'un industriel privé, la ligne de démarcation des deux contentieux est franchie. Réserve faite de quelques enclaves où paraissent justement devoir s'exercer les attributions du contentieux administratif, on se trouverait, cette fois, en plein domaine des tribunaux civils. Au tribunal civil la connaissance des contrats que la personne publique aura dû passer pour créer le service ou pour en assurer la marche. Au même tribunal s'adressent, le cas échéant l'usager mécontent et le tiers lésé par le fonctionnement défectueux de l'entreprise. De lui, enfin, sembleront devoir relever également la majorité des conflits survenus entre le service organisé et le personnel qu'à l'image d'un chef d'entreprise sa direction aura, suivant les règles ordinaires du contrat de travail, recruté pour son exploitation.

La critique de ce système fondé sur la nature des divers services publics a été faite par le Commissaire du Gouvernement lui-même dans les mêmes conclusions. « Les contours des grandes divisions que nous venons de tracer, a-t-il conclu, ne sont pas rigoureusement géométriques, et, de même que dans la gestion d'un service de nature nécessairement et exclusivement publique telle contestation relative à un achat de fournitures isolées, effectué sans marché, relèvera naturellement des tribunaux civils, le service industriel non monopolisé et fonctionnant habituellement comme une entreprise particulière pourra, le cas échéant, donner lieu à la passation d'un contrat de physionomie spéciale » dont les tribunaux administratifs seront amenés à retenir le contentieux.

Ainsi la classification par services est simplement indicative du mode de gestion normalement employé, elle

n'est pas déterminante. Toute classification de ce genre se heurtera toujours, en effet, à cette considération qu'un service peut être géré par des modes de gestion publique ou de gestion privée ou, tout au moins, qu'un service à gestion bien caractérisée, publique ou privée, peut recourir occasionnellement à l'autre gestion.

Dans l'arrêt rendu à propos de cette affaire le Conseil d'Etat a retenu l'indication de son Commissaire du Gouvernement. Il a indiqué, dans les motifs de son arrêt, que « dans l'exploitation des services publics industriels dont il croit devoir assumer la gestion, l'Etat se trouve vis-à-vis des usagers dans la même situation qu'un entrepreneur ordinaire, à moins que *la nature propre du service* ou des clauses spéciales ne donne aux accords individuels passés avec lesdits usagers le caractère de véritables contrats administratifs ».

La même indication se retrouve dans un arrêt du 5 mai 1922 rendu dans les mêmes conditions et à propos du même service industriel (1). Toutefois, le Conseil d'Etat a limité de deux façons la portée de cette indication. D'une part, il a restreint la portée indicative de la nature du service aux accords individuels passés entre l'Etat et les seuls usagers du service. D'autre part, il a donné d'autres motifs à sa décision montrant ainsi par là que l'indication tirée de la nature du service n'est pas décisive.

d) DISTINCTION ENTRE LA PARTICIPATION
A L'ORGANISATION DU SERVICE ET LA PARTICIPATION
A SON EXÉCUTION

Le même Commissaire du Gouvernement, M. Rivet, a tenté une autre distinction tirée non plus de la nature du service mais de son fonctionnement. Il a présenté cette solution à propos de l'affaire « Société générale d'armements (2) ».

(1) Cons. d'Et., *The american trading company*, *Leb.*, p. 400, 1^{re} esp.
(2) Cons. d'Et., 23 déc. 1921, *Leb.*, p. 1109.

Il y aurait lieu de distinguer les contrats conclus aux fins de création ou d'exécution d'un service public et ceux passés entre un service public déjà existant et un usager de ce service. Dans la première hypothèse, la nature du service, l'intérêt public qui s'attache à son organisation appelleraient l'utilisation de contrats conclus selon les modes du droit public. Dans la seconde hypothèse, au contraire, « l'intérêt général pourrait d'autant moins avoir pour effet de justifier à lui seul la compétence administrative que cet intérêt général s'éloigne en quelque sorte. Il ne figure plus parmi les motifs déterminants du contrat qui lie la personne morale exploitant le service et l'usager..., il n'apparaît plus que parmi les raisons lointaines qui ont pu provoquer, en son temps, la création du service lui-même. »

M. Rivet a fourni, ici encore, la critique de cette distinction. « Si le souvenir de cette origine, a-t-il ajouté, se traduit par l'insertion, dans les conventions particulières passées entre la personne morale et l'usager, des clauses de nature vraiment administrative, la compétence du tribunal administratif pourra encore s'ensuivre mais la chose sera, cette fois, tout à fait exceptionnelle. » Si exceptionnelle que puisse être cette dérogation, il ne s'ensuit pas moins que la distinction proposée, ne répond pas à son but. Le caractère distinctif recherché a justement pour objet de préciser ces situations exceptionnelles. S'il faillit à cette mission, il ne répond plus à son but ; il est sans intérêt et doit être rejeté.

Dans une note au Sirey (1) M. Mestre a tenté de systématiser d'une façon plus précise cette théorie de M. le Commissaire du Gouvernement Rivet. Le service public, dit-il, peut être considéré soit dans son organisation, soit dans son fonctionnement. Dans le premier cas, l'administration s'organise à l'intérieur de ses services. Dans le second cas, elle entre en contact avec le monde extérieur, c'est-à-dire avec les usagers et les tiers. Les litiges qui naissent à propos de

(1) Note sous Cass., 31 janv. 1923, S., 24. 1. 129.

l'aménagement intérieur, de l'organisation du service, les litiges entre l'administration et les tiers lésés sont de la compétence administrative (ces derniers parce qu'il n'y a pas contrat et que les conséquences du fonctionnement du service sont en jeu). Rentrent, au contraire, dans le contentieux judiciaire les différends avec les usagers bénéficiant d'un contrat, et le recrutement des auxiliaires (parce que ce ne sont pas des agents attachés au service public).

A la base de ce critérium, il y a une observation juste, souvent confirmée par la jurisprudence. Les litiges nés de l'organisation du service mettent en présence agents et administration, fournisseurs et administrateurs, ils nécessitent l'interprétation, l'application, la discussion des textes organiques du service. L'élément service public produit ici plus manifestement sa réaction sur les modes juridiques utilisés, ainsi que l'observait M. Rivet, et, dans la majorité des cas, la jurisprudence administrative apparaît compétente. Par contre, les litiges nés des contrats conclus entre le service et les usagers bénéficiant d'un contrat relèvent, normalement, des tribunaux judiciaires. En effet, lorsque l'administration recourt au procédé du contrat pour mettre ses services à la disposition des usagers, c'est généralement dans les mêmes conditions qu'un particulier.

Toutefois, les exceptions sont trop nombreuses pour qu'on puisse s'arrêter aux conclusions de M. Mestre dérivées de celles de M. Rivet. Il existe des cas très fréquents où l'administration pourvoit à ses services dans les mêmes conditions qu'un particulier et où, par conséquent, la compétence est judiciaire. Réciproquement, il y a également des cas où l'administration impose aux usagers de ses services des clauses exorbitantes du droit commun ou un régime juridique spécial ; la compétence devient alors administrative. Bref, il n'y a là encore qu'une indication et non un critérium. Celui-ci doit être cherché non dans la nature du service mais dans la nature même des clauses du contrat.

SECTION IV

LA JURISPRUDENCE. SON ÉTAT ACTUEL

§ 1. Les **Clauses exorbitantes du droit commun**

Après avoir échoué ainsi successivement sur différents caractères susceptibles d'être distinctifs, le Conseil d'Etat paraît s'être rallié définitivement à la notion de clause administrative ou exorbitante du droit commun. Il est ainsi revenu directement aux conclusions que postule le principe de la séparation des pouvoirs orienté dans le sens du principe de séparation des autorités. Il y a des juges administratifs parce qu'il existe un droit administratif ayant des règles très particulières et distinctes du droit civil. Ces juges doivent être appelés à connaître de tous les contrats exigeant, pour leur interprétation et leur exécution, l'application des principes et des règles du droit administratif. Les contrats contenant des clauses administratives relèvent dès lors nécessairement de la compétence administrative, ils sont des contrats administratifs.

« Seulement, observe M. Blavoet (1), l'expression *clauses exorbitantes du droit commun* est vague, et il convient de la préciser par l'analyse ». La méthode analytique est, en effet, la seule à donner une idée suffisante de la notion à laquelle répond cette appellation.

Les différents arrêts où le Conseil d'Etat a examiné une question de compétence en matière de contrats appellent immédiatement une remarque. Les espèces dans lesquelles la compétence administrative a été retenue constituent une minorité très nette. Dans la plupart des cas, en effet, le Conseil d'Etat se déclare incompétent au profit des tribunaux judiciaires.

(1) Note sous Trib. civ. de l'Aisne, 27 déc. 1926, *D. P.*, 1928. 2. 116.

§ 2. Décisions d'incompétence faute de clauses exorbitantes du droit commun

La plupart des litiges où une décision d'incompétence a été rendue sont relatifs à des contrats bien définis du droit civil ou du droit commercial. En voici certains exemples.

a) TRANSPORTS

La matière au sujet de laquelle le plus grand nombre de décisions d'incompétence paraissent avoir été rendues depuis la guerre est celle des contrats de transport. Dans la plupart des cas il s'agit de transports effectués pour le compte de l'Etat soit par chemins de fer, soit par navires et d'après des services réguliers. En matière de chemins de fer la question s'est posée de savoir si l'Etat était responsable d'accidents survenus au cours de transports de militaires pendant la guerre, à une époque où l'autorité militaire avait la haute main sur l'organisation du service. Le Tribunal des Conflits a considéré que le but des actions introduites tendait « à obtenir la réparation d'un préjudice résultant de l'inexécution d'une obligation n'incombant qu'au réseau transporteur ». Il a décidé, en conséquence, « que ce préjudice ne peut servir de fondement qu'à une réclamation dirigée contre le dit réseau devant les tribunaux judiciaires auxquels seuls, d'ailleurs, il appartient de tenir compte, dans l'appréciation de la responsabilité invoquée, de toutes les circonstances résultant de l'état de guerre (1) ». Le Tribunal des Conflits a considéré que les tribunaux judiciaires appelés à juger toutes les difficultés nées entre les Compagnies et les voyageurs et notamment les conséquences des accidents, avaient toute la compétence nécessaire pour apprécier l'étendue du dommage. Le fait qu'il s'agissait de militaires ne changeait rien aux règles de droit à appliquer. Il n'y avait aucune clause par-

(1) Cons. d'Et., 23 nov. 1927, *Vve Berga* ; — Confl., 10 mars 1923, *Vve Rousseau c/ Cie du ch. de fer P. O., Leb.*, p. 246.

ticulière de nature à justifier l'intervention de magistrats plus spécialement versés dans l'étude du droit administratif.

La même solution a prévalu à propos du transport des marchandises. L'arrêt du 6 mai 1921 (1) rendu à propos d'un incendie causé par l'inflammation de bonbonnes d'émail-lite transportées pour le service de l'aéronautique, est encore plus clair dans les motifs qu'il exprime. La faute reprochée aux agents de l'Etat, y est-il spécifié, « constituerait un manquement aux obligations imposées par les règlements et par les stipulations du contrat de transport à tout expéditeur de matières dangereuses ». Dès lors, « les difficultés relatives à cette omission prétendue se rattachent aux litiges nés de l'exécution dudit contrat, et dont la connaissance n'appartient qu'au juge de ce contrat », c'est-à-dire aux tribunaux de l'ordre judiciaire. On ne voit point encore ici pourquoi le tribunal chargé d'apprécier la faute d'un expéditeur devrait se déclarer incompétent lorsque cet expéditeur agit au nom de l'Etat, dans les mêmes conditions que les particuliers et avec les mêmes tarifs.

Les difficultés nées de contrats de transports maritimes sont les plus nombreuses. Elles se présentent avec la même simplicité de raisonnement. Voici tout d'abord une série d'arrêts intervenus chacun à propos d'un « contrat conclu pour un voyage unique, dans les formes du commerce et suivant les règles et usages du droit maritime, ne contenant aucune clause particulière d'ordre administratif, ni aucune référence à un cahier des charges-type ou à des clauses et conditions générales, ne présentant d'autres caractères que ceux d'un contrat d'affrètement ordinaire ». Il a été jugé que « l'Etat ayant ainsi entendu faire exécuter ce transport dans les conditions du droit commun, le contrat ne saurait être rangé parmi les marchés dont la connaissance appartient au Conseil d'Etat ». Par suite, l'autorité judiciaire était seule compétente pour connaître de l'action en dommages-intérêts dirigée contre l'Etat pour l'inexé-

(1) Cons. d'Et., *Cie P. L. M., Leb.*, p. 454.

cution de ses obligations contractuelles (1). On pourrait multiplier ainsi les citations. Les motifs ne sont pas toujours absolument identiques mais l'idée demeure la même. Toutefois, l'un des motifs très généralement reproduits constate « qu'en l'espèce l'Etat se présente comme un chargeur ordinaire (2) ». Il n'a pas usé de ses prérogatives pour faire prévaloir des clauses exorbitantes du contrat intervenu. La compétence demeure judiciaire.

Cette conclusion n'est pas infirmée lorsque la solution du litige de droit commun se trouve conditionnée par l'examen d'une question préjudicielle (3).

b) LOUAGE

Un autre groupe de contrats ayant donné lieu à de nombreuses décisions d'incompétence est le louage. Ce contrat a ses règles fixées par le Code civil. Les tribunaux judiciaires sont appelés journellement à les appliquer. Il n'y a point de raison non plus pour distraire de leur compétence les opérations de location au profit de services publics. Le seul point où le service public paraît normalement réagir est celui de la durée nécessaire de la location dans des circonstances déterminées. En ce cas la réquisition intervient et permet de passer outre à la volonté des propriétaires. C'est alors un autre contentieux. Il n'y a plus louage, il n'y a plus contrat, mais une forme réglementée de la manifestation de la puissance publique.

Pour nous limiter à la matière des contrats remarquons seulement qu'en général les arrêts du Conseil d'Etat sont libellés de telle sorte qu'ils mettent en évidence les éléments du louage et se bornent à conclure à l'existence d'un contrat de droit commun et à la compétence des tribu-

(1) Cons. d'Et., 23 mars 1923, *Sté gén. des transports à vapeur*, — *Cie des chargeurs Réunis*, *Leb.*, p. 305 et 307 ; — 9 janv. 1925, *Gallusser*, *Leb.*, p. 28.

(2) Cons. d'Et., 5 mars 1924, *Sté des affréteurs réunis*, *Leb.*, p. 262 ; — 21 janv. 1925, *Sté des affréteurs réunis*, *Leb.*, p. 60 ; — 5 mars 1926, *Cie des messageries maritimes*, *Leb.*, p. 255 ; 18 mars 1925, *sieur Moutard*, *Leb.*, p. 281 ; 4 févr. 1927, *sieur Van Uden*, *Leb.*, p. 163.

(3) Confl., 29 juill. 1916, *Vion et fils*, *Leb.*, p. 339 — V. *supra*, p. 54 et suiv.

naux de droit commun. Voici, par exemple le sieur Jouvin, qui, par convention conclue le 13 août 1914 avec le directeur du dépôt de télégraphie militaire du Mont-Valérien, « s'est engagé à mettre sa voiture automobile à la disposition dudit dépôt moyennant une indemnité de 0 fr. 10 par km. parcouru », l'administration militaire prenant, en outre, à sa charge les frais d'entretien et de réparation dudit véhicule. Le Conseil d'Etat conclut « qu'il s'agit ainsi d'un contrat de location d'une automobile dans les conditions du droit commun (1) ». Peu importe que cette location ait été consentie au profit d'un service public. Les règles à appliquer sont celles du droit civil, les juges civils seront donc compétents. Mêmes solutions au sujet des difficultés nées de la location de carrières. « Ce contrat est un contrat de droit civil (2). » Il n'y a donc point lieu de faire appel à la compétence particulière des juges administratifs.

c) AFFRÈTEMENTS

Les contrats d'affrètement échappent, eux aussi, à la compétence des juges administratifs. Leur contentieux relève des tribunaux de commerce (art. 633 du Code de commerce). La raison qui a dicté l'organisation des juridictions administratives avait également dicté l'attribution des questions d'affrètement aux tribunaux de commerce. On comprend, dès lors, que la présence de l'Etat comme partie à un contrat d'affrètement ne change rien à la répartition des litiges d'après le principe de la division du travail. Ainsi ont décidé plusieurs arrêts tant du Conseil d'Etat que du Tribunal des Conflits. L'analyse des circonstances de fait a amené dans chacune de ces espèces une double conclusion. D'une part, il s'agit de simples contrats d'affrètement « conclus dans les conditions habituelles offertes à tout af-

(1) Cons. d'Et., 27 déc. 1922, *sieur Jouvin, Leb.*, p. 997.

(2) Cons. d'Et., 23 juin 1922, *sieur Girard, Leb.*, p. 551 ; — dans le même sens : 4 juill. 1913, *sieur Baudy, Leb.*, p. 810 ; — 15 avril 1910, *Sié anonyme du ch. de fer français des Capucins, Leb.*, p. 319.

fréteur (1) ». D'autre part, chacun de ces contrats ne contient « aucune clause de nature à lui imprimer un caractère administratif (2) ». L'absence de toute stipulation de nature proprement administrative laisse ces contrats à leur juge naturel indépendamment de la qualité des parties qui les ont conclus.

d) VENTES

Une dernière catégorie de contrats a été l'objet de nombreuses décisions d'incompétence. Il s'agit d'opérations de vente et d'achat, c'est-à-dire du même contrat envisagé dans les rapports des deux parties en présence. L'Etat est acquéreur pour les besoins de ses services. Il vend tantôt pour se débarrasser du matériel dont il n'a plus besoin, tantôt parce qu'il s'est fait industriel et qu'il lui faut écouler ses produits. Dans toutes les hypothèses, en principe, la compétence est celle des tribunaux judiciaires. La vente est un contrat prévu et réglé par le Code civil. Le principe de division du travail justifie ici encore la compétence des juges civils. Ainsi a-t-il été jugé à propos « d'une contestation relative à l'exécution d'un contrat réglant les conditions de cession d'un brevet d'invention, c'est-à-dire d'un contrat de droit commun (3) » ; à propos également de la vente à l'Etat du navire *Glenmavis* (4) ou de la vente par l'Etat à un particulier de navires lui appartenant (5). Même solution encore à l'occasion d'une cession de bois consentie par l'Etat à un particulier à la suite d'un marché de fournitures mais par une convention entièrement distincte dudit marché (6). Sont également des contrats de droit commun les achats faits à caisse ouverte auxquels

(1) Cons. d'Et., 9 mars 1923, *Cie Hellénic transport Steamship Co., Leb.*, p. 222.

(2) Confl., 9 juin 1923, *Vimont et Cie, Leb.*, p. 474 ; — dans le même sens : Cons. d'Et., 13 juill. 1923, *Cie de remorquage, Leb.*, p. 574, — 5 déc. 1923, *Schiaffino, Leb.*, p. 811, — 7 mars 1924, *Cie gén. transatlantique, Leb.*, p. 273.

(3) Cons. d'Et., 15 nov. 1922, *sieur Bocandé, Leb.*, p. 822.

(4) Cons. d'Et., 28 janv. 1925, *The great Lakes Co, Leb.*, p. 98.

(5) Cons. d'Et., 23 mars 1923, *sieur Tristant, Leb.*, p. 307.

(6) Cons. d'Et., 28 nov. 1924, *sieur Poulet, Leb.*, p. 957.

procèdent les commissions militaires de réception. Ces achats ont lieu, en effet, « sur paiement comptant du prix, avec livraison immédiate des marchandises » ; en outre, « aucune condition spéciale d'exécution ne différencie ces contrats, passés d'ailleurs sans cahier des charges, et où l'Etat se présente comme un acheteur ordinaire (1) ».

Dans le même ordre d'idées, il faut faire état des opérations de vente conclues par l'Etat lors des opérations de liquidation des stocks américains (2) et surtout des ventes effectuées par les services industriels de l'Etat. L'indication qu'il s'agit de « services industriels » souligne d'une façon suffisante la nature des contrats conclus à l'occasion de ces services. L'Etat agit comme un industriel ordinaire. Les contrats de ces derniers relèvent des tribunaux de droit commun. En l'absence de conditions particulières les contrats de l'Etat-industriel relèvent des mêmes tribunaux. C'est ce que décident d'ailleurs une série d'arrêts aux termes desquels « dans l'exploitation des services publics industriels dont il croit devoir assumer la gestion l'Etat se trouve, vis-à-vis des usagers, dans la même situation qu'un entrepreneur ordinaire (3)... » Telle est la situation de principe, toutes les autres sont exceptionnelles et tiendraient notamment « à la nature propre du service » ou à des « clauses spéciales ».

Bien d'autres exemples pourraient encore être cités où la compétence judiciaire s'est imposée à l'occasion de contrats de vente. Les espèces déjà citées montrent suffisamment que les indications précédemment dégagées trouvent,

(1) Cons. d'Et., 28 févr. 1923, *sieur Anélin, Leb.*, p. 198 ; — 20 févr. 1920, *sieur Thérés, Leb.*, p. 193.

(2) Cons. d'Et., 11 mai 1923, *sieur Gandon, Leb.*, p. 397. — Notons à ce propos que les opérations de vente échappent seules au contentieux administratif. Dès que l'on se trouve en présence d'une *décision administrative* prise à l'occasion des opérations de liquidation, la compétence devient administrative. En ce sens : Cons. d'Et., 24 mars 1922, *Latham et Cie, Leb.*, p. 278.

(3) Cons. d'Et., 23 déc. 1921, *Sté gén. d'armements, Leb.*, p. 1109, — 5 mai 1922 *The american trading Company, Leb.*, p. 400, 1^{re} esp. — 11 mars 1925, *Dubois et fils, Leb.*, p. 256 ; adde Confl., 22 janv. 1921, *Sté comm. de l'Ouest africain, Leb.*, p. 91.

pour le contrat de vente comme pour les autres contrats de droit civil, leur confirmation.

e) AUTRES CONTRATS DE DROIT CIVIL

En dehors des contrats de transport, de louage et de vente qui viennent d'être examinés on pourrait de même rapporter nombre de décisions d'incompétence intervenues à propos de contrats-type du droit civil ou de conventions innommées. Ainsi, les tribunaux administratifs ont dû se déclarer incompétents à propos de contrats de prêt (1), de dépôt (2), de louage d'ouvrage (3)... D'autres fois, la décision d'incompétence a été la conclusion d'une simple analyse du contrat, sans aucune qualification juridique, et suivie d'une conclusion de ce genre : « cette action aurait pour cause, aux termes de l'assignation, un contrat ou quasi-contrat dont l'existence est contestée et qui aurait été conclu comme entre particuliers, dans les conditions du droit commun ; dès lors la connaissance des difficultés que peut soulever l'accord prétendu appartient à l'autorité judiciaire (4) »...

Rappelons, en terminant cette revue rapide des contrats déclarés de droit commun, que la nature du contrat réagit sur la théorie de la responsabilité contractuelle (5). Rappelons également que le contentieux des actes appratifs de contrats est distinct du contentieux desdits contrats (6), et, en outre, qu'une distinction doit être faite à cet égard entre les actes des autorités administratives suivant qu'elles agissent en vertu de leurs pouvoirs de tutelle ou en vertu de leur qualité de représentants des personnes morales administratives (7).

(1) Cons. d'Et., 7 nov. 1924, *sieur Affergan, Leb.*, p. 871, — 7 août 1925, *Gouv. de l'Indo-Chine, Leb.*, p. 824.

(2) Cons. d'Et., 1^{er} févr. 1918, *Académie de médecine, Leb.*, p. 85.

(3) Cons. d'Et., 14 janv. 1925, *Synd. des ouvriers de l'habillement militaire de Limoges, Leb.*, p. 41.

(4) Confl., 22 mars 1920, *sieur Bancol, Leb.*, p. 314.

(5) Cons. d'Et., 22 déc. 1922, *Lassus, Leb.*, p. 984.

(6) Cons. d'Et., 24 mars 1922, *Latham et Cie, Leb.*, p. 278.

(7) Cons. d'Et., 13 nov. 1924, *Sté des films Eclipse, Leb.*, p. 886.

f) INDICATIONS GÉNÉRALES QUI SE DÉGAGENT DES
DÉCISIONS D'INCOMPÉTENCE

Cet examen, d'ailleurs bien incomplet, des différentes espèces où le Conseil d'Etat a été saisi à tort de litiges relevant de l'autorité judiciaire, manifeste l'importance des erreurs qui ont été commises, notamment au cours de ces dernières années. Ces erreurs s'expliquent par la persistance de cette idée inexacte que le service public demeure l'unique fondement de la compétence administrative, — par cette autre idée encore que la présence d'une personne morale administrative comme co-contractant est un signe d'incompétence des tribunaux judiciaires, — par ce fait, enfin, que des situations juridiques ont été l'objet d'analyses incomplètes ou inexactes (1). Nous aurons de plus une autre source d'erreurs à signaler lorsqu'il sera question des marchés de fournitures de l'Etat (2).

L'examen des décisions erronées, des solutions qu'elles suggèrent, de la doctrine des clauses exorbitantes du droit commun qu'elles ont inspirée n'ont qu'une portée négative. Elles créent une atmosphère d'où ressort nettement que les contrats-type du droit civil, les conventions telles qu'en pourraient conclure les particuliers, relèvent des juges civils. Elles manifestent cette autre idée qu'en dehors des types de contrats bien définis du droit administratif joue une sorte de présomption dans le sens du caractère civil de toutes opérations contractuelles. Du moins elles ne révèlent point les cas où cette présomption est brisée, où l'insertion d'une clause dite « administrative » ou « exorbitante du droit commun » vient faire décider dans le sens de la compétence administrative.

L'examen des contrats qualifiés « administratifs » par la jurisprudence du Conseil d'Etat et celle du Tribunal des Conflits peut seul donner des indications précises. C'est à cet examen qu'il nous reste à procéder.

(1) Cf. par ex. Confl., 26 juin 1911, *époux Bellec, Leb.*, p. 738; — Cons. d'Et., 27 févr. 1925, *sieur Chapelier, Leb.*, p. 198.

(2) V. *infra*, p. 167 et 170.

§ 3. Contrats jugés administratifs

Le nombre des décisions qui ont consacré le caractère administratif de contrats non définis par le droit administratif est fort limité. C'est une confirmation de l'observation qui précède sur le caractère exorbitant des contrats administratifs et des clauses exorbitantes du droit commun qui en sont le signe. Le nombre des décisions où le caractère spécifiquement administratif d'une clause relevée dans un contrat est souligné par le juge est plus limité encore.

a) CONTRATS CONTENANT UNE RÉFÉRENCE A UN CAHIER DES CLAUSES ET CONDITIONS GÉNÉRALES

La plus importante de ces décisions est, à notre avis, un arrêt du Tribunal des Conflits du 17 juillet 1923 (1). Cet arrêt présente un double intérêt. D'une part, on l'a vu, il infirme la théorie suivant laquelle l'établissement d'une participation au service public serait nécessaire pour qu'il y ait contrat administratif. D'autre part, il assigne en termes formels le caractère administratif à toute référence à un cahier des clauses et conditions générales. Il rapporte un article 5 du contrat aux termes duquel « les règles générales sur les marchés en vigueur au département de la Guerre seront applicables à la présente convention... » et il conclut immédiatement « que cette clause dérogatoire au droit commun des conventions, que les particuliers passent en vue de l'usage des magasins généraux, a imprimé à ce marché un caractère administratif (2) ».

À notre avis, le caractère administratif de la référence à un cahier des clauses et conditions générales est double. Il

(1) Confl., 17 juill. 1923, *Sté des Magasins généraux c/ Min. de la guerre*, *Leb.*, p. 581.

(2) Des décisions antérieures et de même sens avaient déjà été rendues mais avec moins de netteté. Cf. par ex. Cons. d'Et., 19 juin 1918, *Société des voiliers français*, *Leb.*, p. 597.

est administratif, tout d'abord, parce qu'élaboré par l'administration, pour les besoins de ses services publics, il utilise toutes les modalités du droit public, il contient en germe l'application de toutes les théories administratives, il élimine expressément certaines dispositions du droit civil susceptibles de jouer de plein droit... bref l'ensemble des clauses incorporées au contrat fait de celui-ci un véritable contrat administratif à caractère tout à fait défini et dont les stipulations particulières viennent simplement combler des lacunes préétablies. C'est en quelque sorte un contrat administratif « d'adhésion » au même titre que peut l'être, en droit civil, une police commerciale.

Etant donné ce premier caractère, un second en découle immédiatement au point de vue de la compétence. Tout cahier des clauses et conditions générales, du fait de son application fréquente, donne lieu à une abondante jurisprudence. Le cahier applicable aux travaux publics, par exemple, a donné lieu à des classements méthodiques des décisions rendues à propos de chaque article, ceux-ci fournissent ainsi la solution de la plupart des difficultés non explicitement résolues par le texte du cahier des clauses et conditions générales. Il y a grand intérêt à ce que ces décisions qui complètent le sens du cahier et qui l'éclairent soient toutes en harmonie entre elles, émanent de mêmes juridictions ayant les mêmes principes, les mêmes règles d'interprétation.

On comprend, dès lors, l'utilité de déférer à la juridiction administrative tous les contrats se référant à un cahier administratif de clauses et conditions générales. Même si un contrat d'aspect purement civil contient une référence à un cahier de clauses et conditions générales la compétence demeurera celle des tribunaux administratifs pour l'ensemble du contrat.

Cette nouvelle conclusion découle directement de l'arrêt de conflit précité. Elle se trouve d'ailleurs confirmée par toute la jurisprudence sur les contrats administratifs. Dès qu'une clause administrative apparaît dans un contrat, le Conseil d'Etat et le Tribunal des Conflits concluent à

la compétence administrative. Il faut faire ici la même constatation qu'en matière de contrats mixtes (1). Il n'y a pas, il ne peut y avoir de double compétence sur le fond d'un litige. Un contrat forme un tout indivisible dont la solution doit émaner d'une unique juridiction. Dès lors que deux juridictions pourraient revendiquer chacune l'examen de clauses particulières il faut conclure à la compétence administrative. Dans l'opération de division du travail qui s'est effectuée au sujet des compétences la juridiction administrative a toujours considéré qu'elle devait connaître seule de tout ce qui est administratif. C'est là sa raison d'être. L'incompétence des tribunaux civils est à cet égard d'ordre public. Ils n'ont d'ailleurs jamais témoigné aucune résistance sur ce point.

La conséquence logique de ce point de départ a été que les tribunaux administratifs sont compétents pour trancher accessoirement toutes les questions de droit civil d'ordre contractuel, — toutes les fois, bien entendu, où ces questions ne se présentent pas avec un caractère préjudiciel.

b) ARRÊTS RENDUS EN MATIÈRE DE RAVITAILLEMENT

A d'autres points de vue la notion de cahier des clauses et conditions générales peut encore être très féconde. Elle peut servir, par analogie, à expliquer nombre d'arrêts où l'existence de contrats administratifs a été reconnue. Tel est le cas notamment de la série des décisions intervenues dans la matière du ravitaillement.

Deux périodes sont à distinguer à ce sujet. Jusqu'en 1923 le Conseil d'Etat considère que les ventes d'objets mobiliers ou de marchandises faites par l'Etat sont des contrats de droit commun de la compétence des Tribunaux judiciaires. Il y a une analogie complète entre le contentieux du ravitaillement et celui des ventes du service de la liquidation des stocks de guerre. Le type de ces décisions est un arrêt Groussard (2) rendu à propos d'une difficulté

(1) V. *supra*, p. 58.

(2) Cons. d'Et., 7 juill. 1922, *Leb.*, p. 598.

portant « sur l'exécution des contrats de cession de farines par le service du ravitaillement ». Le Conseil d'Etat avait décidé « que ces contrats sont des contrats de droit commun ».

En 1923, un revirement d'opinion se dessine. Le 7 décembre 1923 le Conseil d'Etat statue au fond au sujet d'une indemnité réclamée aux Moulins de Corbeil par l'administration pour manque de farines (1). Le 28 décembre de la même année (2) nouvelle solution au fond donnée par le Conseil d'Etat dans un litige entre l'administration et un meunier. Cet arrêt est fondé sur cette idée que la série des mesures législatives et réglementaires prises pendant la guerre au sujet du commerce des céréales et des farines ont transformé ce commerce en un véritable service public.

Deux ans plus tard, en 1925, le Conseil d'Etat est appelé à se prononcer sur une série de litiges nés de l'exécution du service du ravitaillement. Le Commissaire du Gouvernement, M. Berget, résume dans ses conclusions, les précédents de jurisprudence tous favorables à la compétence judiciaire (3) à l'exception des deux arrêts précités. Il examine les arguments qui militent dans le sens de la compétence administrative et de la compétence judiciaire. Juridiquement il déclare incliner vers la compétence administrative. Toutefois, il conclut en faveur de la compétence judiciaire. « Ce qui nous incline à admettre la compétence judiciaire, expose-t-il, c'est qu'il nous paraît de la plus grande utilité d'avoir, pour toutes les contestations relatives aux cessions de marchandises faites par les différents services publics, une compétence unique. Et la compétence unique ne peut être que judiciaire. »

Dans la série de ses arrêts en date des 29 mai et 6 novembre 1925 le Conseil d'Etat a écarté la solution que lui

(1) Cons. d'Et., 14 déc. 1923, *Moulins de Corbeil, Leb.*, p. 851.

(2) Cons. d'Et., 28 déc. 1923, *sieur Pierret, Leb.*, p. 905.

(3) Décision *Lorentz et autres*, 21 nov. 1924, *Leb.*, p. 921 (il s'agissait de cessions d'huile à des fabricants de conserves) ; décision *La Trigorroise*, 26 novembre 1924, *Leb.*, p. 991 (il s'agissait de cessions de graines de semences à une coopérative agricole) ; décision *Tramway des Deux-Sèvres*, 5 décembre 1924, *Leb.*, p. 984 (il s'agissait de cessions de charbon par l'Office des charbons).

proposait son Commissaire du Gouvernement (1). Il a conclu à la compétence administrative. Les motifs qu'il a retenus méritent d'être rapportés. Ces motifs sont d'ailleurs fort longs et ainsi en contradiction avec les habitudes du Conseil dont les décisions sont généralement laconiques. Il semble que la haute assemblée ait eu le souci de préciser, dans cette série de décisions, au moins un aspect de ses raisons de décider dans le sens de la compétence administrative.

Tout d'abord cette constatation que « sous l'empire des nécessités du ravitaillement, le commerce des céréales et des farines et les industries qui s'y rattachent ont fait l'objet, au cours de la guerre, de mesures législatives et réglementaires prises dans l'intérêt de l'alimentation de l'armée et de la population civile et destinées à éviter, d'une part, le gaspillage et, d'autre part, la spéculation ». Le but d'utilité générale étant ainsi constaté, suit l'énumération des textes intervenus et des mesures qu'ils ont édictées pour que l'intérêt général soit sauvegardé : « les lois des 15 octobre 1915, 17 avril 1916, 7 avril 1917 ont prévu la taxation, par l'administration, de la farine, puis d'un certain nombre de céréales parmi lesquelles l'avoine, des sons et issues et du blé ; enfin, le décret du 31 juillet 1917 a placé sous le contrôle de l'Etat la production totale des céréales visées au décret du 13 juillet 1917 parmi lesquelles le blé et l'avoine, l'achat des céréales, les livraisons de farines et les stocks existant chez les minotiers ». Viennent enfin les conclusions qui relèvent tout d'abord l'existence d'un service public, base nécessaire à toute compétence administrative : « du fait de ces dispositions et de l'ensemble des textes de loi et de règlement qui les ont complétées, le commerce des céréales et des farines et les industries qui s'y rattachent ont été transformés, en tant

(1) Cons. d'Et., 29 mai 1925, *Sté des moulins brestois, sieur Décatoire, sieur Trillon, Leb.*, p. 534 ; — 6 nov. 1925, *Lefèvre-Utile, Sté la biscuiterie nantaise et autres, Leb.*, p. 868 ; — 27 mars 1926, *Planteur de Caiffa, Leb.*, p. 385. (Dans cette dernière espèce un seul mot a été changé à la formule de style adoptée par le Conseil d'Etat. Au lieu des « avoines, sons et issues » il est question des « seigles, sons et issues ».)

que fonctionnant sous le *contrôle* et sous l'*autorité* de l'Etat, en un service d'intérêt général et de défense nationale présentant au plus haut degré le caractère de service public, et dirigé par l'Etat dans des conditions entièrement différentes de celles où se seraient trouvés un commerçant ou un industriel ordinaires ».

Le service public, on l'a vu, est une condition nécessaire mais non suffisante du contrat administratif. Après avoir constaté qu'un service public a été effectivement organisé le Conseil d'Etat a indiqué les raisons qui lui faisaient conclure à l'existence de contrats non réductibles à ceux du droit commun. Ces raisons, les voici : les cessions consenties par l'administration à laquelle incombait, en vertu des textes en vigueur, la mission d'assurer la répartition des céréales et des farines, « constituaient, en réalité, des modalités d'exécution du service public du ravitaillement » et elles « se référaient, d'ailleurs, sans l'intervention d'aucune stipulation particulière à chaque opération, à l'ensemble de la législation et de la réglementation sur la matière ». En conséquence, ces cessions « présentaient le caractère de contrats administratifs dont la juridiction administrative peut être seule appelée à connaître... »

Tous les motifs de l'arrêt ne présentent pas, au point de vue qui nous occupe, le même intérêt. Le fait que le service public est dirigé par l'Etat dans des conditions entièrement différentes de celles où se serait trouvé un commerçant ou un industriel ordinaires, est intéressant à relever. Il n'indique pas cependant en quoi consiste effectivement ce régime spécial, ce qui le caractérise. Il faut se reporter aux deux motifs qui suivent. D'une part, les minotiers seraient devenus des agents d'exécution du service public. Plus exactement les contrats litigieux auraient été l'exécution même du service. Nous avons vu la portée juridique de cette situation. Elle est l'un des signes qui doivent mettre en éveil l'attention sur la possibilité de contrats administratifs. Elle n'est pas cependant décisive. Généralement, en effet, le service public appelle pour son

exécution, des modalités administratives. Ce n'est pas, néanmoins, une nécessité absolue. Nous avons vu, que certains services publics s'accommodaient parfaitement d'une exécution d'après des modalités de pur droit civil tels par exemple, que certains services industriels de l'Etat.

Le dernier motif, au contraire, qui résume tout l'arrêt, est tout à fait topique. Chaque cession, chaque opération, était constatée par un contrat, mais, en même temps, jouaient de plein droit, et sans l'intervention d'une stipulation particulière à chaque contrat, l'ensemble de la législation et de la réglementation sur la matière. Cette législation et cette réglementation étaient comme un cahier des clauses et conditions générales. L'Etat aurait pu tout aussi bien réunir l'ensemble des stipulations contenues dans ces textes multiples et faire décider que le cahier qui en résulterait deviendrait obligatoire dans tous les contrats conclus en vue du service du ravitaillement. Le résultat eût été identique. Nous nous serions ainsi retrouvés dans l'hypothèse examinée précédemment où la compétence est dictée par l'existence d'un cahier des clauses et conditions générales. Toute la différence aurait été que précédemment la référence était contractuelle alors qu'ici elle eût été légale ou réglementaire.

Cette interprétation des arrêts rendus en matière de ravitaillement n'est pas arbitraire. Avant même que la solution eût été rendue dans les termes où elle l'a été, M. le Commissaire du Gouvernement Berget l'avait dégagée dans ces quelques termes : « La réglementation des cessions et de l'emploi par les meuniers des céréales cédées, *constitue un véritable cahier des charges* applicable à toutes les cessions. » Cahier des charges ou cahier des clauses et conditions générales, le terme est équivalent. Il est heureux qu'il ait été dit devant le Conseil d'Etat dont il exprime, à notre avis, toute la pensée (1).

(1) On pourrait également relever les deux expressions : « Sous le contrôle et sous l'autorité de l'Etat » pour rattacher ces contrats, dans une certaine mesure, aux contrats administratifs non expressément caractérisés et dont il va être question ci-après.

La portée de ces motifs dépasse le cadre limité des contrats de cession du service du ravitaillement. En effet, si une série de dispositions légales ou réglementaires sur une matière déterminée constituent l'équivalent d'un cahier des clauses et conditions générales on aperçoit immédiatement le parti qu'on en peut tirer pour la fixation des signes distinctifs des contrats administratifs. Ce qui est vrai des cessions pour le ravitaillement est également vrai du contrat de fonction publique. L'ensemble des textes qui s'appliquent aux fonctionnaires ne sont pas visés par le contrat. Ils peuvent être considérés comme un cahier des charges auquel chacun adhère tacitement en faisant acte de candidat à un emploi public.

Sans doute, ne faut-il point exagérer la portée de cette remarque. On se heurterait alors à cette objection qu'il est difficile de savoir si un ensemble de textes est l'équivalent d'un cahier des charges ou, encore, si l'on est justement dans l'hypothèse où cette sorte de cahier des charges est où n'est pas applicable. Du moins, il y a là un rapprochement intéressant et qui éclaire singulièrement cette notion de référence à un cahier des clauses et conditions générales avec les conséquences qui en découlent.

c) ARRÊTS RENDUS EN MATIÈRE D'ASSURANCES
MARITIMES DE GUERRE

Une seconde série d'arrêts du Conseil d'Etat rendus à l'occasion du service des assurances maritimes de guerre, présente un autre aspect des clauses exorbitantes du droit commun. L'idée de référence à un cahier des clauses et conditions générales se fondait sur l'atmosphère administrative que créent certains contrats, sur un ensemble de stipulations à caractère administratif et déterminant, par leur cohésion, la nature administrative du contrat. Ici, au contraire, la nouvelle série d'arrêts qu'il nous faut examiner nous place en présence de contrats dont le caractère administratif est déterminé ou est susceptible de l'être par une seule stipulation dont le caractère admi-

nistratif est très nettement marqué. Nous verrons, d'ailleurs, que la différence ainsi indiquée très sommairement peut n'être qu'une apparence et qu'au fond il est possible de trouver une commune nature à ces deux grandes catégories de contrats administratifs.

Les contestations nées à l'occasion des assurances maritimes présentent cet intérêt d'avoir appartenu successivement au contentieux judiciaire puis au contentieux administratif. Ce changement n'est d'ailleurs pas imputable à une modification de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Il tient à une modification du régime des assurances et, notamment, des clauses insérées aux polices des assurés. Les raisons qui ont déterminé une modification du régime des compétences ressortent ainsi très clairement. C'est pourquoi nous avons pris plus spécialement pour exemple cette catégorie de contrats d'assurances maritimes.

La jurisprudence du Conseil d'Etat distingue donc deux périodes dans le régime des assurances selon qu'il s'agit de polices signées avant ou après le 19 avril 1917. Avant cette date le service public des assurances maritimes fonctionne sous le régime instauré par la première loi organique du 10 avril 1915 (1). Les motifs qui ont dicté la création de ce service sont très clairement exposés dans les conclusions de M. le Commissaire du Gouvernement Rivet à propos de l'affaire : Société des affréteurs réunis. En présence des risques nés de la guerre maritime, les compagnies d'assurances vont hésiter à garantir les armateurs, du moins tant qu'on ne connaîtra pas l'étendue de ces risques nouveaux.

En tout cas, elles vont demander des primes si élevées que les services maritimes se trouveront très réduits. Afin de parer à ce danger, l'Etat décide de se faire lui-même assureur. Il jouera un rôle régulateur et modérateur par la concurrence que feront ses tarifs à ceux des autres compagnies.

(1) En fait cette loi était plutôt une ratification des mesures édictées par les décrets des 11 et 13 août 1914.

Ainsi, dès cette première phase, l'Etat agit comme une compagnie particulière. Il est d'ores et déjà peu probable que les contrats d'assurances conclus avec les assurés comportent des clauses différentes de celles des autres compagnies.

C'est évidemment ce qu'a constaté le Commissaire du Gouvernement, M. Rivet, dans ses conclusions à propos de l'affaire : Société générale d'armements, du 23 décembre 1921 (1). Après avoir reconnu l'existence d'un service public il s'est attaché à rechercher s'il y aurait au contrat des clauses exorbitantes du droit commun et faisant dudit contrat un contrat administratif. La Société générale d'armements invoquait, en effet, diverses clauses d'où elle prétendait voir apparaître un contrat administratif. Ces clauses étaient les suivantes : exclusion du risque ordinaire de navigation et limitation de l'assurance à 80 % de la valeur du navire, — obligation, sous certaines sanctions imposées aux capitaines, de se conformer aux instructions des autorités maritimes, — prévision d'un délai de six mois laissé à l'Etat pour s'acquitter éventuellement de ses obligations, — partage du reliquat d'actif des opérations entre les assurés proportionnellement au montant des primes, — pouvoir conféré au Ministre des finances d'arrêter les conditions particulières à chaque contrat, sur proposition de la commission administrative.

Le Commissaire du Gouvernement a examiné successivement chacune de ces stipulations. En ce qui concerne les trois premières d'entre elles, il suffit de les entendre énoncer pour se refuser à leur reconnaître le caractère exorbitant du droit commun que l'on prétend leur attribuer... Il s'agit, la chose est possible, de clauses qui ne figurent pas habituellement dans les polices de modèle courant, mais rien, dans leur nature propre, ne porte la marque administrative. Rien ne s'opposerait à ce qu'elles fussent imposées à sa clientèle par un assureur. Les mêmes observations s'appliquent aux autres clauses. L'article relatif

(1) Cons. d'Et., *Leb.*, p. 124.

au partage du reliquat d'actif confère simplement au contrat un caractère mutualiste. Quant au droit réservé pour le Ministre d'arrêter les clauses définitives du contrat, M. Rivet y a vu l'équivalent du pouvoir réservé à la direction des Compagnies d'assurances de fixer les conditions spéciales qui s'ajoutent parfois aux polices-types.

En définitive, concluait M. Rivet, de si près que nous comparions les deux situations, il nous est impossible de voir entre elles une différence véritable. Le régime d'assurances d'Etat et celui d'assurances privées était ainsi le même dans son organisation et dans les contrats conclus pour la gestion des services d'assurances. La compétence judiciaire s'imposait dans les deux hypothèses.

Intervient la loi du 19 avril 1917. Les conditions d'exploitation du service sont modifiées. Pour remédier aux inconvénients du régime antérieur, l'Etat est amené à exploiter son service d'assurances en monopole et dans les conditions suivantes : le monopole porte sur tous les navires de plus de 500 tonnes, — la garantie porte sur la valeur du navire telle que l'a fixée le Ministre des Travaux Publics, le propriétaire restant libre, si le chiffre arrêté lui paraît insuffisant, de faire couvrir par une assurance privée le surplus du risque, — enfin, en cas de perte totale, la valeur assurée n'est payée que jusqu'à concurrence de 75 % de son montant, la différence ne devenant exigible qu'après justification du emploi du premier versement dans l'achat ou la mise en chantier d'un nouveau navire agréé par le ministre.

Dans la détermination du caractère des contrats conclus sous ce nouveau régime, M. Rivet s'est arrêté tout d'abord à la notion de monopole. Il a relevé son caractère partiel. Il a passé outre à cet examen ne voulant pas retenir cette première particularité comme une stipulation à caractère administratif.

Par contre la brèche entre le régime administratif et le régime civil est apparue dans la clause de emploi, dans le droit que s'est réservé l'Etat de ne rembourser intégralement la somme assurée que sur justification de

l'affectation du premier versement à la construction ou à l'achat d'un nouveau navire. « A moins de retirer aux mots leur signification véritable, a conclu le Commissaire du Gouvernement, c'est bien là le type même de la clause de nature proprement administrative, de la clause que, seules, des considérations pressantes d'intérêt général, étrangères aux rapports de particuliers à particuliers, ont pu inspirer... »

Le Conseil d'Etat a sanctionné ces conclusions par son arrêt du 23 mai 1924 en décidant que les contrats passés avec l'Etat par application de la loi du 17 avril 1917 « présentent le caractère de véritables contrats administratifs (1) ». A l'appui de sa décision le haut tribunal administratif retient deux motifs relatifs l'un à l'obligation de emploi, l'autre à la détermination de la valeur assurée sur laquelle porte la garantie de l'Etat « sans que l'intéressé puisse en contester l'exactitude ».

d) CARACTÈRES GÉNÉRAUX DES CLAUSES EXORBITANTES
DU DROIT COMMUN

L'examen quelque peu attentif des affirmations auxquelles ont ainsi donné lieu les arrêts intervenus en matière d'assurances maritimes impose la conclusion suivante. La clause administrative est celle qu'un particulier ne pourrait insérer dans son contrat parce qu'elle est la mise en œuvre, parce qu'elle postule l'existence de la puissance publique se faisant jour dans le contrat. Il ne s'agit pas, bien entendu, de revenir à la vieille notion des actes d'autorité et de gestion. Nous avons vu ce qu'elle a aujourd'hui d'irrévocablement désuet. La théorie du service public l'a définitivement supplantée. Du moins, la notion de clause exorbitante du droit commun, dans le domaine contractuel, fait la part de ce qu'il y avait d'exact dans l'une des premières théories qui ont servi à l'élaboration du droit administratif. Le substratum service public s'est

(1) Cons. d'Et., 23 mai 1924, *Sté « les Affréteurs réunis »*, *Leb.*, p. 498.

d'abord imposé. Ensuite, une évolution s'est faite dans le sens où doit s'interpréter la notion d'autorité. Celle-ci ne doit être prise en considération que dans la mesure où une clause contractuelle n'est pas susceptible de trouver son équivalent en droit privé parce que, justement, elle nécessite la mise en œuvre de la puissance publique. Tel est le cas de la clause précédemment examinée à propos des assurances maritimes. Tel est encore le cas des stipulations rencontrées, par exemple, dans une espèce jugée le 18 janvier 1924 (1).

Il s'agissait d'un contrat conclu le 19 avril 1892 entre la ville de Paris et la Compagnie de l'air comprimé. Le contrat contenait un certain nombre de stipulations analysées ainsi qu'il suit dans l'arrêt :

« Considérant... qu'en échange de l'autorisation que l'administration municipale accordait à la compagnie d'occuper la voie publique, la ville s'est réservé le droit d'agréer les modèles des polices d'abonnement, de fixer une limite maxima aux prix de vente, de réclamer éventuellement le tarif le moins élevé pour ses services et de percevoir, indépendamment du droit annuel de location pour occupation de la voie publique, une redevance à base progressive calculée d'après la production d'air comprimé de la compagnie ; que l'article 3 prévoit, sous certaines conditions, le retrait de l'autorisation, notamment en cas d'interruption totale ou partielle du service ; qu'enfin les articles 30, 31 et 32 donnent à la ville, soit dans cette hypothèse, soit après l'expiration d'un délai de 15 ans à dater de la constitution de la société, soit en fin d'autorisation, la faculté de rachat de l'exploitation. »

Et le Conseil d'Etat de conclure : il résulte tant des conditions dans lesquelles l'acte dont il s'agit a été passé, *que de celles de ses clauses ci-dessus rappelées*, que la ville de Paris n'a pas délivré à la Compagnie de l'air comprimé une permission de voirie pure et simple, mais qu'il est

(1) Cons. d'Et., 18 janv. 1924, *Ville de Paris c/ Cie de l'air comprimé*, *Leb.*, p. 58.

intervenu entre les parties un véritable contrat administratif, se rapportant à la grande voirie et comportant des obligations réciproques.

Le fondement de ce contrat, ainsi que le Conseil d'Etat vient de l'indiquer, tient dans les stipulations touchant le domaine public. En échange des avantages qu'il reçoit et des contrôles qu'il exerce l'Etat accorde certaines facultés à une société privée. Or, le domaine public n'est pas dans le commerce. La disposition qui en est faite cependant postule l'intervention de la puissance publique. Voilà en quoi le contrat est administratif.

Sans doute, on aurait pu conclure à la compétence administrative dans cette affaire, par un effort de rattachement à la théorie des concessions. L'assimilation à ce type de contrat eût d'ailleurs été délicate. Le Conseil d'Etat a préféré recourir plus simplement et plus nettement à la théorie des contrats administratifs. En motivant ainsi sa décision il montrait l'étroite parenté qui unit, en définitive, les aspects, les domaines les plus divers du droit administratif et notamment des contrats administratifs *lato sensu*.

En effet, bien des contrats administratifs nettement définis se rattacheraient naturellement au contentieux administratif à raison de la nature particulière des clauses qu'ils postulent. Tel serait le cas, par exemple, des contrats de concession portant sur le domaine public. Mais où l'unité paraît plus nettement entre tous les contrats administratifs c'est évidemment entre les deux catégories de contrats qui viennent d'être étudiées : contrats contenant une référence à un cahier des clauses et conditions générales, contrats contenant une clause manifestant l'exercice de la puissance publique. La plupart de ces cahiers de clauses et conditions générales contiennent, en effet, des clauses qui sont la manifestation de la puissance publique et qui, par là même, appelleraient la compétence administrative.

Ces diverses clauses, généralement, seraient nulles, en vertu des dispositions du Code civil. Il s'agit plus spécia-

lement de stipulations purement potestatives (art. 1174 du Code civil) (1). En droit civil, la raison de cette nullité tient à l'obligation pour le juge d'exiger l'exécution pure et simple des conventions des parties conformément aux stipulations de l'article 1134 du Code civil. Si l'une des parties abusait de la clause potestative il n'y aurait aucun recours possible contre cet abus. Voilà pourquoi la nullité des contrats affectés d'une telle clause a été édictée.

En droit administratif, les mêmes difficultés n'existent pas. L'article 1134 du Code civil n'a qu'une portée très restreinte. On l'a vu, par exemple, au moment où la question s'est posée de substituer l'éclairage électrique à l'éclairage au gaz dans les localités où les compagnies du gaz bénéficiaient d'une concession avec monopole. La juridiction administrative a passé outre aux stipulations contractuelles. Réciproquement, lorsque l'absence de garanties contractuelles suffisantes menace de pousser l'exécution du contrat à des conséquences qui n'avaient pu être prévues entre les parties, la juridiction administrative intervient encore pour assurer un équilibre équitable entre les intérêts en présence. On comprend, dans ces conditions, comment des stipulations, qui apparaîtraient nulles en droit privé sont tout à fait valables en droit public. L'intervention de la juridiction administrative, l'existence de recours hiérarchiques, permettent un contrôle contractuel propre à éviter des abus que le droit civil, en présence de conventions analogues, ne saurait que consacrer.

L'analyse des clauses à caractère administratif confirme les observations précédemment faites. Il apparaît nettement qu'une énumération des clauses administratives ne peut être donnée, non plus que des contrats administratifs, *stricto sensu*, auxquels elles confèrent leur caractère. Tout ce qui paraît possible, en l'état actuel de la juris-

(1) En ce sens, l'arrêt de Mestral, du 3 juillet 1925, relève comme une stipulation exorbitante du droit commun la faculté réservée au préfet de rompre le bail en cours de sa seule autorité.

prudence, est d'indiquer tout d'abord qu'il s'agit d'un contentieux basé sur la nature des clauses stipulées, de caractériser autant que possible le contenu de ce contentieux et de signaler telle ou telle clause ordinairement tenue pour administrative.

**§ 1. Les marchés de fournitures et leurs rapports
avec la théorie générale des contrats administratifs**

Pour terminer cette étude sur les contrats administratifs une dernière catégorie de contrats doit être définie. Elle a donné lieu à de nombreuses décisions d'incompétence. Nous voulons parler des marchés de fournitures.

On entend par marchés de fournitures les contrats en vertu desquels l'administration se procure les matières premières ou travaillées dont elle a besoin ainsi que certains services, notamment les services de transport. Au fond il s'agit de contrats de vente ou de transport conclus par les services administratifs avec des tiers. A ce titre, les marchés ont même nature, généralement, que les contrats de vente ou de transport du droit civil. Il y a entre eux une proche parenté.

Cette similitude pose immédiatement une question au point de vue de la compétence. Puisque la compétence administrative en matière de contrats est due uniquement à la nature des clauses stipulées, le contentieux des marchés de fournitures apparaît, de sa nature, purement judiciaire. Le décret du 11 juin 1806, qui attribue au Conseil d'Etat la connaissance des litiges auxquels ils donnent naissance, a implicitement consacré cette solution. Il n'attribue à la haute juridiction administrative que la connaissance des marchés de l'Etat (1). Toute la question

(1) Le texte archaïque de ce décret bien souvent invoqué mais rarement cité est le suivant: « Art. 14. *Le Conseil d'Etat* connaîtra, en outre,... 2° De toutes contestations ou demandes relatives soit aux marchés passés avec nos ministres, avec l'intendant de notre maison, ou en leur nom, soit aux travaux ou fournitures faits pour le service de leurs départements respectifs pour notre service personnel ou celui de notre maison. »

est de savoir comment ce texte doit être appliqué, quelle doit être son interprétation.

Doit-on conclure qu'il s'oppose à tout examen, par les tribunaux de l'ordre judiciaire, de toute convention assimilable à une vente ou à un contrat de transport ? Doit-on dire, au contraire, que, seuls parmi ces contrats, relèvent du Conseil d'Etat ceux qui contiennent des clauses administratives ? Cette dernière interprétation, à la supposer exacte, tendrait à faire paraître sans objet le décret de 1806, la clause administrative suffisant, nous venons de le voir, à entraîner la compétence administrative. En réalité, la question est plus complexe. Faute de distinctions suffisantes bien des décisions d'incompétence ont été rendues. Ces distinctions étant faites, toutes difficultés s'évanouissent.

La première distinction qui s'impose est celle insérée dans le texte de 1806 entre les marchés de l'Etat et ceux des autres personnes morales administratives. Nous parlerons successivement des uns et des autres.

a) MARCHÉS DE FOURNITURES DE L'ETAT

En dépit du décret de 1806 tous les marchés de l'Etat ou, plus exactement, tous les contrats de fournitures ou de transports ne relèvent pas nécessairement de la compétence administrative. Tout dépend de la forme ou de la nature du contrat. S'il y a marché proprement dit la compétence est administrative ; s'il n'y a pas marché la compétence est, suivant les espèces, ou administrative ou judiciaire. Dans le cas d'un marché c'est une question de forme qui l'emporte ; dans l'hypothèse où il n'y a pas marché et où la compétence est variable c'est une question de fond qui domine. Ainsi, vis-à-vis des contrats de fournitures ou de transports de l'Etat une triple distinction doit être faite entre les marchés *stricto sensu*, les contrats administratifs de fournitures ou de transport et les contrats judiciaires de fournitures et de transport.

La première distinction entre les marchés, d'une part,

et les contrats judiciaires de fournitures et de transport, d'autre part, est consacrée par une jurisprudence constante et dont la formule, devenue de style, est la suivante : « les marchés passés par l'Etat pour les transports intéressant ses services sont compris parmi ceux dont le décret du 11 juin 1806 attribue la connaissance à la juridiction administrative ; les transports effectués pour le compte de l'Etat ne peuvent donc relever des tribunaux judiciaires que dans le cas où l'administration, en dehors de tout marché, a entendu s'adresser au transporteur dans les mêmes conditions que le public en général (1) ».

Quand donc y a-t-il marché, qu'est-ce qui distingue le marché des autres formes de contrat à caractère civil et destinées à procurer à l'administration les mêmes services et les mêmes fournitures. Les textes administratifs répondent à cette question. Il y a marché dans les hypothèses où l'administration s'est conformée aux dispositions administratives prévues pour cette catégorie particulière d'opérations juridiques. L'ensemble de ces dispositions, lorsqu'il est respecté, donne aux contrats une physionomie spéciale et, de simples contrats de vente ou de transport, en fait des marchés. Il n'est pas dans notre intention de citer les nombreux textes qui règlent cette question des marchés. Il suffit d'indiquer qu'il en existe plus de cinquante pour montrer leur importance et établir du même coup les liens de contact qui s'établissent aussitôt avec la théorie générale des contrats administratifs (2).

Le principal de ces textes est le décret du 18 novembre 1882 qui fixe les formes particulières des marchés de l'Etat. Ceux-ci devront être faits avec concurrence et publicité. La procédure d'adjudication y est réglée dans le détail. Il est prévu un cahier des charges. Les stipulations essentielles de ce cahier sont énumérées à l'article 4, etc...

(1) Cons. d'Et., 6 août 1925, *Sieur Moundji, Leb.*, p. 815; — 14 mai 1926, *Cie parisienne de navigation, Leb.*, p. 499.

(2) On trouvera la liste de ces textes dans : L. TÊTREAU, *Des marchés de fournitures*, 1921, p. 10 et suiv.

La condition d'un cahier des charges avec adjudication est la forme essentielle à laquelle il convient de s'attacher. Dès que cette condition est remplie pour une fourniture ou un transport de l'Etat, il est aisé de conclure à l'existence d'un marché. Le cahier des charges est ici l'équivalent des clauses et conditions générales dans la théorie des contrats administratifs. L'adoption d'un cahier des charges donne à un contrat qui, autrement, serait de droit commun, le caractère d'un marché administratif par application de l'article 14 du décret de 1806 (1).

Le rapprochement de deux difficultés jugées dans des circonstances quelque peu analogues est tout à fait symptomatique. L'Etat, au cours de la guerre, a été appelé à conclure de nombreux contrats, en vue de son ravitaillement en bois. Il a employé divers procédés d'acquisition. Tout d'abord, il a eu recours à la réquisition. Ce mode est pour nous sans intérêt puisqu'il n'est pas contractuel. Il a fait usage, en second lieu, du procédé des marchés de fournitures soit qu'il établisse pour chaque marché un contrat différent, soit, plus généralement, qu'il se soit référé à l'un des cahiers des clauses et conditions générales mieux étudié et toujours immédiatement à la disposition du département qui s'y réfère. En ce cas, la compétence est administrative par application du décret de 1806. Ainsi a-t-il été jugé le 30 janvier 1924, à l'occasion d'un marché de fourniture de bois sur pied conclu avec l'administration de la guerre (2).

Trois mois plus tard, le Conseil d'Etat a jugé une même question de vente de bois sur pied et a conclu cette fois à la compétence judiciaire décidant que « la vente de bois sur pied consentie par le sieur de Lambilly à l'administration constitue un contrat de droit commun et ne peut être considérée comme rentrant parmi les marchés de fournitures dont le contentieux appartient au Conseil d'Etat par ap-

(1) Cf. Concl. de M. le Comm. du Gouv^t Corneille sous Cons. d'Et., 6 mai 1921, *Cie P. L. M.*

(2) Cons. d'Et., 30 janv. 1924, *Sieur Ozanne, Leb.*, p. 112.

plication du décret du 11 juin 1806 ». Il n'y avait pas eu, en cette espèce, constitution d'un cahier des charges, référence et assujettissement aux textes organiques sur les marchés de fournitures. Le contrat était donc de pur droit privé (1). La solution eût été la même si la vente avait été consentie à la suite d'une résiliation de marché sans conclusion d'un marché de transformation (2).

En définitive, il semblerait qu'une assimilation puisse se faire entre les marchés de fournitures et les autres contrats administratifs. L'adoption d'un cahier des charges conforme à l'ensemble des prescriptions réglementaires en la matière serait l'équivalent d'un cahier des clauses et conditions générales. Nous verrons, à propos des contrats de fournitures des communes, qu'il n'y a là encore qu'une simple analogie.

La comparaison n'est exacte que dans la mesure où les parties se trouvent dans le domaine d'application du décret de 1806.

Ainsi, il importe peu que la soumission aux textes relatifs aux marchés de fournitures de l'Etat ne fasse apparaître au contrat aucune clause spécifiquement exorbitante du droit commun. Dès lors qu'il y a référence à un contrat-type ou à la réglementation spéciale aux marchés de l'Etat, la compétence devient administrative en vertu du décret de 1806. La compétence d'attribution joue dès que les formes réglementaires sont observées.

Un arrêt du Tribunal des Conflits du 25 mars 1922 justifie ces observations. Le tribunal de Constantine s'était attaché à rechercher dans un marché de fournitures, s'il existait des clauses exorbitantes du droit commun. N'en ayant pas trouvé qui ne puissent avoir leur équivalent en droit civil, il avait conclu qu'il n'y avait pas contrat pouvant relever de la compétence administrative et il avait retenu l'affaire. Le Tribunal des Conflits a infirmé cette décision. Il a jugé que « les marchés passés par l'Etat pour les

(1) Cons. d'Et., 14 mai 1924, *sieur de Lambilly, Leb.*, p. 468.

(2) Cons. d'Et., 28 nov. 1924, *sieur Poulet, Leb.*, p. 957.

transports intéressant ses services sont compris parmi ceux dont le décret du 11 juin 1906 attribue connaissance à la juridiction administrative ; que les transports effectués pour le compte de l'Etat ne peuvent donc relever des tribunaux de l'ordre judiciaire que dans le cas où, l'administration en dehors de tout marché, a entendu s'adresser au transporteur dans les mêmes conditions que le public en général ». En l'espèce l'Etat ne s'était pas présenté comme le public ; sans insérer des clauses où se serait manifestée *sa puissance* il avait conclu *un marché dans les termes du décret de 1882*. La compétence administrative a été retenue (1).

Dans les espèces où il n'y a pas marché, au sens qui vient d'être précisé, les contrats de fournitures de l'Etat relèvent des tribunaux judiciaires dans la plupart des cas. Il en est ainsi, tout d'abord, dans les hypothèses visées à l'article 18 du décret du 18 novembre 1882 autorisant, dans un certain nombre d'hypothèses, la conclusion de marchés de gré à gré. Il en est de même également, en temps de guerre, pour la plupart des contrats de fournitures conclus par les administrations de la guerre et de la marine. L'article 26 du décret de 1892 dispose, en effet, qu'« à partir de l'ordre de mobilisation, les dispositions du présent décret cessent d'être obligatoires pour les départements de la guerre et de la marine ». Faute de s'être remémoré ce texte, bien des parties ont porté à tort des litiges devant le Conseil d'Etat alors qu'ils relevaient des tribunaux judiciaires. Bien des contrats, en effet, relatifs à des fournitures et à des transports ont été conclus pendant la guerre sous forme de marchés de gré à gré et en dehors des formes spéciales prévues normalement pour les marchés de l'Etat (2).

Au cours de la période de guerre, les administrations de plusieurs départements ont ainsi pris l'habitude d'échapper à la réglementation des marchés de l'Etat. Elles ont d'ailleurs pu constater que les prétendues garanties pré-

(1) Confl., 25 mars 1922, *de Malglaive, Leb.*, p. 288.

(2) Cons. d'Et., 20 févr. 1920, *Thérès, Leb.*, p. 193.

vues par les textes en vigueur étaient généralement illusoires. Elles ont donc continué bien souvent à contracter dans les formes du droit commun, bien qu'aucun texte ne les y autorise. Le contentieux de ces contrats est judiciaire puisqu'il n'y a pas marché en la forme ni soumission à la réglementation sur les marchés de fournitures (1).

Dans quelques hypothèses, toutefois, des contrats de fournitures de l'Etat, conclus en dehors de tout marché, relèvent cependant de la compétence du Conseil d'Etat. Il en est ainsi de tout contrat de fournitures qui n'a pas adopté la forme d'un marché mais qui, en son fond, contient une ou plusieurs stipulations à caractère administratif. Une espèce jugée le 22 mai 1925 illustre cette observation (2). Il s'agissait d'un marché conclu entre un cultivateur algérien et le département de la guerre pour la fourniture de main-d'œuvre pénitentiaire. Il n'apparaît pas que les formes du décret de 1882 aient été adoptées. Du moins, le Conseil d'Etat, saisi d'une difficulté au sujet de la compétence (3), a décidé que le contrat « relatif à l'emploi de la main-d'œuvre pénitentiaire a, par sa nature et à raison des obligations assumées par l'entrepreneur, un caractère administratif ». Ainsi, dans cette affaire c'est la nature proprement administrative des obligations qui a déterminé la compétence. Le Conseil d'Etat a considéré avec raison que le trafic de la main-d'œuvre des détenus n'est pas le résultat d'une convention que pourraient faire entre eux les particuliers. Ces stipulations nécessitaient l'intervention de l'Etat et postulaient son pouvoir de commandement. Nous retrouvons ici le point de jonction de la théorie des con-

(1) Lorsqu'on étudie attentivement les marchés de fournitures de l'Etat au point de vue de la compétence une difficulté surgit dont il faut tenir compte. Dans les visas ou dans les motifs d'un arrêt la référence à un cahier des charges n'est pas toujours indiquée alors qu'en fait les parties contractantes en ont adopté un : rapprocher à cet égard les deux arrêts Rieux des 30 avril et 10 décembre 1915 (*Leb.*, p. 139 et 150), rendus dans la même affaire, et dont une des deux espèces seulement révèle l'existence d'un cahier des charges.

(2) Cons. d'Et., 22 mai 1925, *sieur Durand, Leb.*, p. 511.

(3) Le Ministre de la guerre prétendait que le Conseil de préfecture était compétent par application de l'art. 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII. Sur le sens de cette prétention Cf. TÊTREAU, *loc. cit.*, n° 142 et suiv., p. 167 et suiv.

trats administratifs précédemment examinée avec la théorie des marchés de fournitures de l'Etat.

En définitive, pour ces marchés, la compétence est administrative, en vertu du décret de 1806 toutes les fois où les parties se sont référées et soumises aux dispositions réglementaires, le contentieux est alors de forme plutôt que de fond. Au contraire, lorsque les formes n'ont pas été respectées le texte attributif de compétence ne joue plus. Les parties se retrouvent placées dans le domaine du droit commun des contrats administratifs : le contentieux est judiciaire par nature, par nature aussi il devient administratif lorsqu'a été insérée au contrat une clause administrative.

b) MARCHÉS DES AUTRES PERSONNES MORALES ADMINISTRATIVES

Lorsqu'il s'agit des marchés de fournitures des personnes morales autres que l'Etat il ne peut plus être question de compétence d'attribution. Le décret de 1806 s'applique aux seuls marchés de l'Etat. Dès lors, en l'absence de tout texte, il convient d'appliquer les principes de droit commun. Le contrat ayant pour objet des fournitures communales ou départementales sera judiciaire, en principe, comme tout contrat de vente ou de transport. Il deviendra administratif dans la seule hypothèse où il contiendrait une clause proprement administrative, où il serait un contrat administratif.

Ces marchés communaux ou départementaux peuvent revêtir les formes des marchés de l'Etat. Ils n'en demeurent pas moins judiciaires. La jurisprudence ne va pas encore actuellement jusqu'à assimiler l'adoption d'un cahier des charges relatif aux fournitures, à la référence à un cahier des clauses et conditions générales. Elle n'en fait pas une clause administrative (1). En ce sens, on est donc fondé à conclure que le décret de 1806 crée effectivement une com-

(1) En ce sens : Cons. d'Et., 7 juin 1918, *dame Longuelanes*, *Leb.*, p. 559 ; — 17 févr. 1926, *Dép¹ de l'Ain*, *Leb.*, p. 191.

pétence d'attribution. En dehors du domaine de son application, le contentieux est administratif ou judiciaire suivant qu'il y a ou non adoption de clauses exorbitantes du droit commun, c'est-à-dire contrat administratif.

Un arrêt du Conseil d'Etat du 4 août 1927 (1), très bien motivé, explique cette solution complexe à propos d'un marché conclu par la ville de Paris. La réclamation dont le Conseil était saisi était relative à la fourniture de madriers destinés à la fabrication de pavés de bois. L'arrêt, après avoir écarté à juste titre la compétence du Conseil de préfecture, relève l'existence d'un cahier des charges. Il n'en tire aucune conclusion pour fonder la compétence administrative. Par contre, il constate « qu'aux termes de l'article 4 du devis et cahier des charges du marché : l'entrepreneur sera soumis aux prescriptions du *cahier des clauses et conditions générales* imposées aux entrepreneurs des travaux et services techniques dépendant de la direction administrative des travaux de Paris, en particulier au titre I^{er} de ce cahier, approuvé par le Préfet de la Seine le 12 juin 1913, et au titre III approuvé le 25 novembre 1915, avec les additions et sauf les dérogations stipulées dans les articles ci-après du présent devis et cahier des charges... » L'arrêt conclut immédiatement que cette clause dérogatoire au droit commun des conventions passées par les particuliers a imprimé au marché un caractère administratif et que, par suite, le Conseil d'Etat est compétent pour connaître du litige.

La clause dérogatoire au droit commun est celle-là même que nous avons précédemment signalée comme l'une des clauses qualifiées administratives par le Tribunal des Conflits. La théorie des marchés de fournitures rejoint donc bien, en dernière analyse, et dans les conditions précédemment exposées, la théorie des contrats administratifs. Un arrêt de Conflits du 1^{er} mai 1928 (Templier contre commune de Sempigny) (2) apporte une dernière sanction aux conclu-

(1) Cons. d'Et., 4 août 1927, *Sté des Etab^{les} Charmasson, Leb.*, p. 948.

(2) *S.*, 1928. 3. 129.

sions qui viennent d'être dégagées en décidant que les contrats ou les quasi-contrats de fournitures communaux (ou départementaux) constituent, à moins de dispositions législatives contraires, des actes de droit privé relevant, en cas de contestation, de l'autorité judiciaire. Ce même arrêt précise qu'il n'en est autrement que lorsque les dits contrats ou quasi-contrats contiennent des clauses dérogatoires au droit commun.

Ces solutions montrent le défaut d'intérêt des distinctions fondées sur le caractère unique ou multiple des marchés ou sur leur durée d'exécution (1). Ces considérations jouent uniquement au point de vue de la théorie de l'imprévision mais non au regard des questions de compétence (2).

SECTION V

CONCLUSIONS

Les conclusions qui se dégagent de la jurisprudence examinée au cours de cette étude ont été suffisamment précisées pour qu'il ne soit pas nécessaire de s'y arrêter longuement. Une première idée a été affirmée, que personne ne conteste d'ailleurs bien sérieusement : il existe des contrats administratifs. Par contre, un désaccord foncier persiste sur l'étendue, le domaine, la portée de la notion contractuelle en droit public. Certains auteurs, et les plus nombreux, tendent à confiner le plus possible cette notion au droit privé. Pour nous, au contraire, nous avons tenté d'établir que cette notion fondamentale du droit en général tient une place importante en droit public. Sans doute, le plan du droit privé est différent du droit public.

(1) Cf. Concl. de M. le Comm. du Gouv^t Cornelle sous Cons. d'Et., 3 déc. 1920, *Fromassol, Leb.* p. 1035.

(2) Voir p. ex. un arrêt du Cons. d'Et., 6 nov. 1912, *Sté des forges et chantiers de la Méditerranée, Leb.*, p. 104, qui statue sur un marché à fourniture unique : la livraison d'un gouvernail.

Il en résulte des modifications quant au contenu de la notion contractuelle. Du moins, il n'y a pas là de raison suffisante pour écarter du droit public une notion si féconde que celle du contrat.

La notion de contrat une fois rétablie dans son intégrité et sur le fondement du concours des consentements générateurs d'effets de droit, la question des compétences surgit. Où commence et où finit le contentieux judiciaire, quand un contrat relève-t-il du régime de droit public ou du régime de droit privé ? L'examen du principe de la séparation des pouvoirs et son évolution vers le régime du principe de la séparation des autorités a permis de dégager une première indication d'ordre général : les tribunaux administratifs répondent pour partie au principe de division du travail. Il y a des juges administratifs parce qu'il y a un droit administratif à appliquer. Les contrats sont administratifs parce qu'ils requièrent l'application, la mise en œuvre des principes et des règles du droit administratif. Tout contrat qui, par sa forme ou par sa nature, requiert, en cas de litige, la connaissance desdits principes et desdites règles est un « contrat administratif » au sens large de cette expression.

Limiter notre examen à cette première constatation n'eût été d'aucun intérêt bien réel. C'eût été simplement déplacer la question et la ramener à celle-ci : quand un contrat nécessite-t-il la mise en œuvre des principes et des règles du droit administratif pour la solution des difficultés qu'il soulève ?

A cette question, beaucoup ont répondu. Nous avons vu que les essais de systématisation sont inexacts ou incomplets, qu'on s'attache aux théories des auteurs ou aux indications des Commissaires du Gouvernement. La plupart de ces théories et de ces indications, d'ailleurs, enveloppent la réalité juridique dans plusieurs de ses aspects. Toutefois, pour vouloir être trop absolus ceux qui ont étudié d'un peu près la question n'arrivent pas à dégager efficacement le critérium auquel ils se sont attachés.

Cette constatation nous a amené à repartir, à notre tour,

sur une nouvelle synthèse fondée sur la jurisprudence interprétée, autant que faire se peut, sans arrière-pensée. L'examen de cette jurisprudence tant du Tribunal des Conflits que du Conseil d'Etat amène à une distinction inévitable (1).

(1) Il n'a pas été question, au cours de ce travail, de la jurisprudence des tribunaux judiciaires et, notamment, de la Cour de Cassation. Cette abstention a été volontaire. La connaissance des décisions rendues par les tribunaux de l'ordre judiciaire n'aurait apporté aucune lumière et jeté au contraire la confusion. Quand on connaît l'appréhension des tribunaux judiciaires au regard de tous les débats qui mettent en cause une autorité administrative, un texte administratif... quand on connaît, il faut bien le dire, l'ignorance de certains magistrats en tout ce qui touche au droit administratif, on ne cède pas à la tentation de rechercher les décisions des cours judiciaires pour y trouver les indications distribuées très parcimonieusement déjà par les juridictions administratives.

D'une façon générale, lorsqu'un tribunal ne peut éluder une question de compétence dont il est saisi, au regard de difficultés susceptibles d'être portées devant les juges administratifs, il s'efforce de trouver un précédent de jurisprudence qui puisse cadrer aussi bien que possible avec l'espèce quelque peu semblable dont il est saisi. S'il fait erreur dans sa décision il faut y voir moins l'effet d'une résistance des tribunaux judiciaires à adopter le point de vue des tribunaux administratifs qu'une difficulté à s'adapter à ce point de vue et à en faire à l'espèce une exacte application (V. par ex., Aix, 20 mai 1924, *Ropit c/ Etat*, *D. H.*, 1924, p. 499).

Au reste, l'accord le plus absolu s'est toujours manifesté entre les deux ordres de juridictions avec une franchise sans réserve. M. le Commissaire du Gouvernement Romieu en faisait déjà la constatation au cours de ses conclusions sur l'affaire Terrier. Il reproduisait, en effet, une déclaration de M. le Procureur général Baudouin à l'audience de rentrée à la Cour de Cassation le 16 octobre 1902. Cette déclaration confirmait l'unité de vues sur toutes les questions connexes aux deux contentieux.

Il suffit, d'ailleurs, de vérifier les mouvements de jurisprudence en ces dernières années pour constater l'accord foncier des deux ordres de juridictions. C'est ainsi qu'en matière de ravitaillement en farines la Cour de Cassation a adopté les termes mêmes des décisions antérieures du Conseil d'Etat rendues à propos des mêmes difficultés (Civ. Cass., 22 nov. 1927, *Delprat c/ Préfet d'Oran*, *D. P.* 1928.1.93). Des solutions de même sens avaient été rendues pour le ravitaillement en charbon (Req., 16 juin 1926, *D. H.*, 1926, p. 421), — pour le ravitaillement en sucre (Req., 7 déc. 1926, *S.*, 1927. 1. 60), — pour le ravitaillement en chaussures dites nationales (Toulouse, 22 juil. 1927, *Gaz. Pal.*, 1927. 2.700). Bien des décisions confirmatives ont d'ailleurs été rendues depuis dans ces mêmes domaines (V. par ex. : Civ. Cass., 9 juin 1928, *Epoux Philippe c/ dép. de l'Orne*, *Gaz. Pal.*, 7 sept. 1928).

L'accord des deux jurisprudences s'est manifesté dans d'autres domaines mais toujours sur la base des principes posés par le Conseil d'Etat : tel est le cas des litiges relatifs aux stocks américains (Civ., 22 juill. 1924, *D. H.*, 1924, p. 579) ou encore de ceux relatifs aux cessions consenties par les organismes de reconstitution agricole (Civ. Cass., 2 juill. 1924, *D. P.*, 1924, p. 599), etc...

Toutefois, le point le plus important à retenir paraît être la faveur rencontrée auprès des tribunaux judiciaires par le dernier critérium tiré des clauses exorbitantes du droit commun. Cette distinction s'est retrouvée immédiatement formulée dans les arrêts issus de contestations portant sur la compétence. Les espèces examinées à la lumière de ce nouveau principe paraissent avoir été très heureusement résolues.

En réalité, ce critérium a restitué au principe de la séparation des pouvoirs son véritable sens. Tiré de la nature même des choses juridiques, il s'est

D'une part, il existe des contrats qui, par leur forme, leur nature ou un texte légal, constituent des contrats administratifs soumis au contentieux administratif. Ces contrats doivent être examinés en eux-mêmes, au regard de la jurisprudence qui les concerne spécifiquement, sans arrière-pensée de synthèse générale. A ce propos, les plus importants des contrats administratifs ont été sommairement examinés du point de vue de la compétence, sans excepter d'ailleurs celui de fonction publique. Les accords de volontés en vertu desquels les individus apportent le concours de leur travail à la chose publique sont, nous l'avons vu, des contrats. En vertu de la théorie générale contractuelle qui unit tous les contrats du droit administratif il n'a pas paru possible, ni utile, ni juridique de faire pour eux une exception.

Une fois le terrain contractuel largement déblayé par toutes les catégories juridiques nettement définies, restaient toutes ces conventions « innommées » que le droit administratif connaît au même titre que le droit civil. Restaient également les contrats et marchés de fournitures qui, pour être régis par des dispositions particulières, sont les véritables responsables des perturbations constatées, au cours de cette dernière période trentenaire, dans le régime des compétences.

Nous avons vu quelles distinctions comportent les marchés de fournitures et quels rapports étroits ils peuvent avoir avec la théorie générale des contrats administratifs *stricto sensu*, c'est-à-dire des contrats qui relèvent du contentieux administratif sans entrer néanmoins dans une catégorie administrative bien définie.

Ces derniers contrats sont en très petit nombre quoique

imposé de lui-même aux magistrats de l'ordre judiciaire. Appliquant journellement les principes du droit privé, ceux-ci ont été vite en mesure de déceler les litiges qui appelaient la connaissance des règles particulières au droit administratif et réciproquement. Il apparaît donc que, désormais, les tribunaux statueront plus aisément dans le sens de la doctrine du Conseil d'Etat qui, pour eux, est claire ainsi que l'attestent les décisions les plus récentes (Cf. par ex. *Cie Russe de Navigation c/ Min. de la Marine*, 16 nov. 1923, *D. H.*, 1924, p. 40).

leur domaine s'étende à tous les genres de manifestation de l'activité administrative (1). La solution à laquelle ils conduisent est celle indiquée par la jurisprudence du Conseil d'Etat : contrats ayant un but de service public et contenant une ou plusieurs stipulations exorbitantes du droit commun. L'un et l'autre de ces deux éléments ont été définis. En ce qui concerne notamment la clause exorbitante du droit commun, il est apparu combien il est difficile et dangereux de donner une définition.

Toutefois, examinée en son fond et indépendamment de toutes les questions accessoires, telles qu'approbations ou mesures d'exécution, la clause administrative s'entend de toute stipulation qui postule nécessairement la détention de la puissance publique. Elle n'a pas son équivalent en droit privé parce que le particulier ne peut faire jouer dans un contrat des stipulations qui postulent une autorité qu'il n'a pas, une puissance qu'il ne détient point (2).

Cette solution montre le rapport qui peut exister parfois entre la théorie du contrat administratif et la théorie de l'excès de pouvoir. Si la compétence au regard des contrats administratifs a pour fondement l'imperium de la puissance publique, il semble que la décision administrative prise en exécution du contrat administratif puisse donner lieu à un contentieux équivalent au contentieux de l'annulation. C'est effectivement ce qui a eu lieu dans l'affaire de Mestral, en dépit des conclusions contraires de M. le Commissaire du Gouvernement Cahen-Salvador (3).

Cette dernière constatation vient encore renforcer les conclusions précédemment dégagées sur la nature propre et la nécessité d'une juridiction administrative. La juri-

(1) C'est ainsi, par exemple, qu'à côté des contrats qui font soit des fonctionnaires proprement dits (avec compétence administrative), soit des salariés de droit commun (compétence judiciaire), peuvent trouver place des contrats administratifs de fourniture de services personnels ainsi que l'arrêt de Mestral du 3 juillet 1925 nous en offre l'exemple.

(2) Nous ne revenons pas sur la référence à un cahier des clauses et conditions générales qui, avec les nuances précédemment indiquées, sont tenues de plein droit et sans que la preuve contraire puisse être rapportée comme contenant toujours des clauses proprement administratives.

(3) Voir ces concl. avec la note L. Trotabas sous Cons. d'Et., 3 juill. 1925, D. P., 1926. 3. 17.

diction administrative demeure en son principe une juridiction gouvernementale. Elle a pour but de contrôler l'exercice de l'autorité même dans le domaine contractuel. Appelée à réprimer les abus de l'autorité elle est habilitée à apprécier la légalité de ses actes, à les annuler, à en réparer les effets. La raison d'être de l'incompétence des tribunaux judiciaires pour l'exercice d'un tel pouvoir se justifie encore à cet égard. On y trouve également la justification de ce principe qu'une clause administrative dans un contrat suffit à imprimer à ce contrat tout entier le caractère administratif. En effet, partout où s'exerce l'imperium administratif ou gouvernemental il faut un juge. Ce ne peut être le juge judiciaire. Le juge administratif compétent pour connaître de la clause exorbitante du droit commun doit l'être également pour l'ensemble des autres stipulations du même contrat. La réciproque ne serait pas vraie à l'égard des juges civils. Or, étant donné que les diverses stipulations d'un contrat forment un tout indivisible ne pouvant relever que d'un seul juge, il en ressort une évidente nécessité de porter devant les seuls juges administratifs les contrats devenus administratifs par l'adoption même d'une unique clause administrative.

Ces conclusions quelque peu succinctes prennent leur valeur au regard des explications qui précèdent et à la lumière des décisions dont elles sont issues. Elles peuvent, certes, faire naître quelques regrets sur les difficultés qu'elles mettent en lumière au regard d'une question qui devrait, avant tout, ne point présenter d'obscurités. Cependant, lorsqu'on s'attache à la nature juridique des choses, il faut reconnaître que les solutions actuellement admises par la jurisprudence administrative sont, dans leur ensemble, satisfaisantes.

En définitive, il en est du problème des compétences comme de toutes les difficultés d'ordre scientifique. Une solution approchée est généralement simple, une solution aussi rigoureuse que possible est beaucoup plus complexe. La solution approchée, pourrait-on dire, est celle du service public ; la solution rigoureuse paraît être actuellement

celle des clauses exorbitantes du droit commun s'ajoutant, pour la limiter, à la précédente.

Cette distinction une fois faite une question de politique se pose qui n'est évidemment plus du domaine de cet exposé. Vaut-il mieux sacrifier l'exactitude à la clarté ou réciproquement ? Est-il préférable d'étendre la compétence du Conseil d'Etat à tous les litiges nés de l'exécution d'un service public et qui ne contiennent proprement aucune clause administrative ? Certains, et en grand nombre, ont répondu oui. Pour notre part nous excluerons cette opinion pour nous référer purement et simplement à la jurisprudence du Conseil d'Etat. Elle seule, en effet, conserve au droit administratif sa belle harmonie et exclut de son domaine naturel des éléments qui lui seraient étrangers.

Vu, le Doyen de la Faculté,

H. BERTHÉLEMY.

Lu et approuvé, le Président,

R. JACQUELIN.

Vu et permis d'imprimer,

Le Recteur de l'Académie de Paris,

S. CHARLETY.

BIBLIOGRAPHIE

- ALIBERT. — Le contrôle juridictionnel de l'administration par le recours pour excès de pouvoir, 1926.
- AMFREVILLE (D'). — De la répartition des compétences en matière de contrats passés par l'administration, 1927.
- APPLETON. — Traité élémentaire de contentieux administratif, 1927.
- AUCOC. — Conférences sur le droit administratif, 3^e éd., 1885.
- BATBIE. — Traité théorique et pratique du droit public et administratif, 1894.
- BÉQUET. — Répertoire de droit administratif.
- BERTHÉLEMY — Traité de droit administratif, 11^e éd., 1925.
- DUCROCQ. — Cours de droit administratif, 7^e éd., 1897.
- DUGUIT. — Droit constitutionnel, 2^e éd., 1923.
- ESMEIN et NÉZARD. — Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 7^e éd., 1921.
- HAURIOU. — Principes de droit public, 2^e éd., 1916.
— Précis de droit administratif, 11^e éd., 1926.
- JACQUELIN. — Les principes dominants du contentieux administratif, 1899.
- JÈZE. — Les principes généraux du droit administratif, t. III, 3^e éd., 1926.
- LAFERRIÈRE. — Traité de la juridiction administrative, 2^e éd., 1896.
- ROLLAND. — Précis de droit administratif, 1926.
- SUDRE. — La compétence du Conseil d'Etat en matière de contrats, 1928.
- TÉTREAU. — Des marchés de fournitures, 1921.
- RENARD. — Notions très sommaires de droit public français, 1920.
— Cours élémentaire de droit public, 1922.

TABLE DES DÉCISIONS CITÉES

Dates		Pages
1855.	6 déc. Cons. d'Etat .	<i>Rotschild</i> 112.
1873.	8 fév. Trib. des conf.	<i>Blanco</i> 23, 111.
1874.	15 mai Cons. d'Etat .	<i>Sauvignon</i> 72.
1902.	8 nov. Trib. des conf.	<i>Faillette</i> 51.
1903.	6 fév. Cons. d'Etat .	<i>Terrier</i> 113.
	7 août Cons. d'Etat .	<i>Winkell</i> 79.
1904.	7 mars Cons. d'Etat .	<i>Hern</i> 51.
	5 août Cons. d'Etat .	<i>Fabrique de Mirande</i> . 67.
	2 déc. Cons. d'Etat .	<i>de Richard d'Aboncourt</i> 64.
1905.	13 janv. Cons. d'Etat .	<i>Soc. Fichet et Cie</i> 71.
	17 mars Cons. d'Etat .	<i>Soc. « l'Abeille »</i> 54.
	3 juin Trib. des conf.	<i>de Richard d'Aboncourt</i> 64.
1906.	9 mars Cons. d'Etat .	<i>Gau-Bosc</i> 69.
	27 juill. Cons. d'Etat .	<i>Permanne</i> 67.
1907.	22 avril Trib. des conf.	<i>Sté d'enseign. de Clermont-Ferrand</i> 57.
	10 mai Cons. d'Etat .	<i>Fraissinet</i> 58.
	17 mai Cons. d'Etat .	<i>Lorrain</i> 56.
	17 mai Cons. d'Etat .	<i>Le Bigot</i> 76.
1908.	29 févr. Trib. des conf.	<i>Feutry</i> 117.
	18 déc. Cons. d'Etat .	<i>Kandel</i> 61.
1909.	2 avril Cons. d'Etat .	<i>Crédit fonc. de France</i> . 68.
1910.	4 mars Cons. d'Etat .	<i>Thérond</i> 70, 71, 118.
	15 avril Cons. d'Etat .	<i>Sté an. du ch. de fer franc. des Capucins</i> . 145.
	22 avril Cons. d'Etat .	<i>Bausillon</i> 84.
	4 juin Trib. des conf.	<i>Cie d'assurance « le Soleil »</i> 27, 34, 120.
	11 nov. Cons. d'Etat .	<i>Bernard frères</i> 51.
1911.	20 janv. Cons. d'Etat .	<i>Cie de Paris à Orléans</i> . 61.
	21 juin Cons. d'Etat .	<i>Min. de la guerre</i> 68.
	26 juin Trib. des conf.	<i>Epoux Bellec</i> 149.
	26 juill. Trib. des conf.	<i>Souveyron</i> 50.
1912.	31 juil. Cons. d'Etat .	<i>Sté des granits porphyroïdes des Vosges</i> ... 28, 121.
	6 nov. Cons. d'Etat .	<i>Sté des forges et chantiers de la Méditerranée</i> 174.

Dates			Pages
1912. 22 nov.	Cons. d'Etat .	<i>Comm. de Gours.....</i>	68.
1913. 15 janv.	Cons. d'Etat .	<i>Desmontiers de Bouffe-</i>	
		<i>ville</i>	71.
25 avr.	Cons. d'Etat .	<i>Chayrigues</i>	53.
20 juin	Cons. d'Etat .	<i>Comm. de Fréjus.....</i>	56, 57.
4 juil.	Cons. d'Etat .	<i>Baudy</i>	145.
5 août	Cons. d'Etat .	<i>Neveu.....</i>	75.
15 nov.	Trib. des conf.	<i>Meyer.....</i>	28.
13 déc.	Trib. des conf.	<i>Rougier</i>	65.
1914. 16 janv.	Cons. d'Etat .	<i>Rochette</i>	126.
1915. 19 mars	Cons. d'Etat .	<i>Guéry.....</i>	66.
30 avr.	Cons. d'Etat .	<i>Rieux</i>	171.
2 juil.	Cons. d'Etat .	<i>Repéré.....</i>	82.
2 juil.	Cons. d'Etat .	<i>Pépin.....</i>	82.
2 juil.	Cons. d'Etat .	<i>Cardona.....</i>	82.
10 déc.	Cons. d'Etat .	<i>Rieux</i>	171.
1916. 30 mars	Cons. d'Etat .	<i>Cie générale d'éclairage</i>	
		<i>de Bordeaux.....</i>	86.
14 avr.	Cons. d'Etat .	<i>Astruc</i>	126, 127.
28 juil.	Cons. d'Etat .	<i>Sté gén. des gaz du</i>	
		<i>Midi.....</i>	42.
29 juil.	Trib. des conf.	<i>Vion et fils</i>	144.
8 déc.	Cons. d'Etat .	<i>Goujon.....</i>	66.
1917. 6 juil.	Cons. d'Etat .	<i>Sté « la Grande Ile ».</i>	42.
1918. 1 févr.	Cons. d'Etat .	<i>Académie de médecine.</i>	148.
8 mars	Cons. d'Etat .	<i>Assoc. gén. des agents</i>	
		<i>des ch. de fer de l'Etat</i>	82.
26 mars	Cons. d'Etat .	<i>Deshayes</i>	133.
7 juin	Cons. d'Etat .	<i>Longuelanes</i>	172.
14 juin	Cons. d'Etat .	<i>Boriat.....</i>	80.
19 juin	Cons. d'Etat .	<i>Sté des voiliers français</i>	41, 150.
24 juil.	Cons. d'Etat .	<i>Lefaverais</i>	68.
16 oct.	Cons. d'Etat .	<i>Gouvernement général</i>	
		<i>de l'Algérie</i>	130.
28 oct.	Civ. Cass.....	<i>Cie d'assurances « l'Ur-</i>	
		<i>baine et la Seine ».</i>	18.
1919. 7 févr.	Cons. d'Etat .	<i>Muller</i>	82.
19 févr.	Cons. d'Etat .	<i>Ville de Nanterre.....</i>	66.
15 avr.	Cons. d'Etat .	<i>Comm. de Graffigny ..</i>	64.
1920. 20 févr.	Cons. d'Etat .	<i>Thérès</i>	147, 170.
22 mars	Trib. des conf.	<i>Bancol</i>	148.
22 mars	Trib. des conf.	<i>Ville de Bellême.....</i>	57.
21 mai	Cons. d'Etat .	<i>Lacomme</i>	81.
18 juin	Cons. d'Etat .	<i>Rigault.....</i>	87.
16 juill.	Cons. d'Etat .	<i>Chirac.....</i>	78.

Dates			Pages
1920.	2 août	Trib. des conf.	<i>Ville de Rennes</i> 56.
	5 nov.	Cons. d'Etat .	<i>Cie de navigation mixte</i> 89.
	26 nov.	Cons. d'Etat .	<i>Bourbon</i> 28.
	3 déc.	Cons. d'Etat .	<i>Fromassol</i> 174.
	17 déc.	Cons. d'Etat .	<i>Ramaroni</i> 54.
1921.	14 janv.	Cons. d'Etat .	<i>Ville d'Oloron- Sainte-Marie</i> 126.
	22 janv.	Trib. des conf.	<i>Sté commerciale de l'Ouest africain</i> 72, 147.
	18 mars	Cons. d'Etat .	<i>Cie des Messageries maritimes</i> 89.
	6 mai	Cons. d'Etat .	<i>Mourgues</i> 75.
	6 mai	Cons. d'Etat .	<i>Cie P. L. M.</i> 28, 143, 168.
	25 mai	Cons. d'Etat .	<i>Radel et autres</i> 64.
	10 juin	Cons. d'Etat .	<i>Comm. de Monséguir</i> .. 63.
	8 juill.	Cons. d'Etat .	<i>Saulnier-Ciolkowska.</i> .. 75.
	8 août	Cons. d'Etat .	<i>Cie des tramways de l'Indre</i> 56.
	8 août	Cons. d'Etat .	<i>Luigi</i> 51.
	23 nov.	Cons. d'Etat .	<i>Cosson et Gaujour</i> 64.
	25 nov.	Cons. d'Etat .	<i>Sté Olive</i> 87.
	30 nov.	Civ. Cass.	<i>Cie « la Mutuelle-accident »</i> 18.
	13 déc.	Civ. Cass.	<i>Cie d'assurances « l'Urbaïne et la Seine »</i> .. 18.
	23 déc.	Cons. d'Etat .	<i>Sté gén. d'armements.</i> .. 29, 33, 127. 138, 147, 159
1922.	27 janv.	Cons. d'Etat .	<i>Cie de tramways de Shanghai</i> 89.
	24 mars	Cons. d'Etat .	<i>Latham et Cie</i> 147, 148.
	24 mars	Cons. d'Etat .	<i>Cie des Messageries maritimes</i> 89.
	25 mars	Trib. des conf.	<i>de Malglaive</i> 134, 170.
	31 mars	Cons. d'Etat .	<i>Rabé</i> 80.
	29 avril	Cons. d'Etat .	<i>Caillaux</i> 74.
	5 mai	Cons. d'Etat .	<i>The american trading Co</i> 29, 138, 147.
	12 mai	Cons. d'Etat .	<i>Ville de Saint-Malo</i> .. 127.
	19 mai	Cons. d'Etat .	<i>Lebon</i> 130.
	23 juin	Cons. d'Etat .	<i>Girard</i> 145.
	7 juill.	Cons. d'Etat .	<i>Groussard</i> 152.
	7 nov.	Trib. des conf.	<i>Manon</i> 5, 33, 134.
	5 nov.	Cons. d'Etat .	<i>Bocandé</i> 146.
	17 nov.	Cons. d'Etat .	<i>Tournois et Humblot.</i> .. 84.
	1 déc.	Cons. d'Etat .	<i>Castaing</i> 80.

Dates			Pages
1922. 22 déc.	Cons. d'Etat .	<i>Lassus</i>	148.
27 déc.	Cons. d'Etat .	<i>Jouvin</i>	145.
1923. 31 janv.	Req.....	<i>Cie des transports maritimes</i>	139.
28 févr.	Cons. d'Etat .	<i>Amelin</i>	147.
9 mars	Cons. d'Etat .	<i>Iossifoglu (Cie Hellénic transport steamship Co)</i>	33, 126, 146.
10 mars	Trib. des conf.	<i>Vve Rousseau</i>	142.
23 mars	Cons. d'Etat .	<i>Tristant</i>	146.
23 mars	Cons. d'Etat .	<i>Cie des Chargeurs réunis</i>	134, 135, 144.
23 mars	Cons. d'Etat .	<i>Mallet</i>	89.
23 mars	Cons. d'Etat .	<i>Sté gén. de transports maritimes à vapeur</i>	134, 135, 144.
11 mai	Cons. d'Etat .	<i>Gandon</i>	147.
9 juin	Trib. des conf.	<i>Vimont et Cie</i>	146.
13 juin	Cons. d'Etat .	<i>Guillouet</i>	77.
15 juin	Cons. d'Etat .	<i>Cie des tramways de l'Ain</i>	68.
13 juill.	Cons. d'Etat .	<i>Vialesoubrane</i>	80.
13 juill.	Cons. d'Etat .	<i>Cie de remorquage, de pilotage et de sauvetage</i>	126, 133, 146.
17 juill.	Trib. des conf.	<i>Sté des Magasins généraux</i>	150.
27 juill.	Cons. d'Etat .	<i>Gheusy</i>	83, 129.
16 nov.	Tr. Cce Marseille.....	<i>Cie russe de navigation</i>	177.
30 nov.	Cons. d'Etat .	<i>Couitéas</i>	4.
5 déc.	Cons. d'Etat .	<i>Schiaffino</i>	146.
14 déc.	Cons. d'Etat .	<i>Soc. des grands moulins de Corbeil</i>	153.
28 déc.	Cons. d'Etat .	<i>Pierret</i>	153.
1924. 5 janv.	Cons. d'Etat .	<i>Olivier et Desbordes</i> ...	35.
18 janv.	Cons. d'Etat .	<i>Ville de Paris</i>	162.
18 janv.	Cons. d'Etat .	<i>Sté an. du casino de Saint-Malo</i>	126.
23 janv.	Cons. d'Etat .	<i>Fouché et Sté des voies économiques de l'Orne</i>	63.
30 janv.	Cons. d'Etat .	<i>Ozanne</i>	168.
20 févr.	Cons. d'Etat .	<i>Ahmed ben Mohamed ben Salin</i>	81.
5 mars	Cons. d'Etat .	<i>Sté des Affréteurs réunis</i>	144.

Dates			Pages
1924.	7 mars	Cons. d'Etat . <i>Cie gén. transatlan- tique</i>	133, 146.
	12 mars	Cons. d'Etat . <i>Bacqué</i>	82.
	26 mars	Cons. d'Etat . <i>Holder</i>	82.
	14 mai	Cons. d'Etat . <i>de Lambilly</i>	169.
	20 mai	Aix.....	<i>Ropit</i>
	23 mai	Cons. d'Etat . <i>Sté « Les Affréteurs réunis »</i>	176. 29, 136, 158. 161.
	2 juill.	Civ. Cass..... <i>Mugnier</i>	176.
	22 juill.	Civ. Cass..... <i>S-secr. d'Et. de la liqui- dation des stocks américains</i>	176. 148.
	7 nov.	Cons. d'Etat . <i>Affergan</i>	148.
	13 nov.	Cons. d'Etat . <i>Sté des films Eclipse</i> ..	148.
	21 nov.	Cons. d'Etat . <i>Lorentz</i>	56, 153.
	26 nov.	Cons. d'Etat . <i>Sté « La Solidarité tré- gorroise »</i>	153.
	28 nov.	Cons. d'Etat . <i>Poulet</i>	146, 169.
	5 déc.	Cons. d'Etat . <i>Cie des tramways dép. des Deux-Sèvres</i>	153.
	12 déc.	Cons. d'Etat . <i>Ville de Dieppe</i>	71.
	29 déc.	Civ. Cass..... <i>Trassard</i>	53.
1925.	9 janv.	Cons. d'Etat . <i>Gallusser</i>	35, 134, 144.
	14 janv.	Cons. d'Etat . <i>Syndicat des ouvriers de l'habillement mili- taire de Limoges</i> ...	28, 148.
	21 janv.	Cons. d'Etat . <i>Administration des ch. de fer algériens</i>	71.
	21 janv.	Cons. d'Etat . <i>Sté « Les Affréteurs réunis »</i>	144.
	27 janv.	Civ. Cass..... <i>Cie d'assurances « La Foncière »</i>	18.
	28 janv.	Cons. d'Etat . <i>The great lakes Co</i>	146.
	30 janv.	Cons. d'Etat . <i>Jalabert</i>	67.
	27 févr.	Cons. d'Etat . <i>Chapelier</i>	149.
	11 mars	Cons. d'Etat . <i>Dubois et fils</i>	147.
	11 mars	Cons. d'Etat . <i>Cie des Messageries ma- ritimes</i>	43, 89.
	18 mars	Cons. d'Etat . <i>Moutard</i>	144.
	18 mars	Cons. d'Etat . <i>Monge</i>	80.
	27 mars	Cons. d'Etat . <i>Comm. de Sainte-Mère- l'Eglise</i>	53.
	27 mars	Cons. d'Etat . <i>Cie « l'Urbaine »</i>	60.
	27 mars	Cons. d'Etat . <i>Androssof</i>	81.

Dates		Pages
1925. 22 mai	Cons. d'Etat . <i>Durand</i>	171.
22 mai	Cons. d'Etat . <i>Sté du canal de Pierre-</i> <i>latte</i>	66.
29 mai	Cons. d'Etat . <i>Trillon, Moulins bres-</i> <i>tois, Decatoire</i>	132, 154.
3 juill.	Cons. d'Etat . <i>de Mestral</i>	38, 59, 74, 164, 178.
17 juill.	Cons. d'Etat . <i>Ass. du personnel de la</i> <i>Banque de France</i> ..	82.
24 juil.	Cons. d'Etat . <i>Comm. de Villers-sur-</i> <i>Auzon</i>	68.
6 août	Cons. d'Etat . <i>Moundji</i>	167.
7 août	Cons. d'Etat . <i>Ministre des Postes</i> ...	71.
7 août	Cons. d'Etat . <i>Gouv gén. de l' Indo-</i> <i>Chine</i>	134, 148.
6 nov.	Cons. d'Etat . <i>Lefèvre-Utile, « la Bis-</i> <i>cuiterie nantaise » et</i> <i>autres</i>	154.
1926. 17 févr.	Cons. d'Etat . <i>Dép. de l' Ain</i>	84, 172.
5 mars	Cons. d'Etat . <i>Cie des Messageries</i> <i>maritimes</i>	144.
26 mars	Cons. d'Etat . <i>Départ. des Pyrénées-</i> <i>Orientales</i>	55.
27 mars	Cons. d'Etat . <i>Sté des étab^{ts} du Plan-</i> <i>teur de Caïffa</i>	154.
14 mai	Cons. d'Etat . <i>Cie parisienne de navi-</i> <i>gation</i>	167.
16 juin	Req..... <i>Admin. des ch. de fer</i> <i>algériens</i>	176.
7 déc.	Req..... <i>Sté de la raffinerie Som-</i> <i>mier</i>	176.
27 déc.	Trib. Aisne .. <i>Vve Girardot</i>	132, 141.
1927. 4 févr.	Cons. d'Etat . <i>Van Uden</i>	144.
22 juill.	Toulouse	176.
4 août	Cons. d'Etat . <i>Sté des étab. Charmas-</i> <i>son</i>	173.
19 nov.	Trib. des conf. <i>Comm. de Vorey</i>	68.
22 nov.	Civ. Cass. <i>Delprat</i>	176.
23 nov.	Cons. d'Etat . <i>Vve Berga</i>	142.
1928. 1 ^{er} mai.	Trib. des Conf <i>Templier</i>	173.
9 juin	Civ. Cass. <i>Epoux Philippe</i>	176.
22 juin	Cons. d'Etat . <i>De Sigalas</i>	60, 64.



